

Spannungsverhältnis zwischen Gründerhaftung und Handlungshaftung im Haftungssystem der Vor-GmbH bei Bargründungen

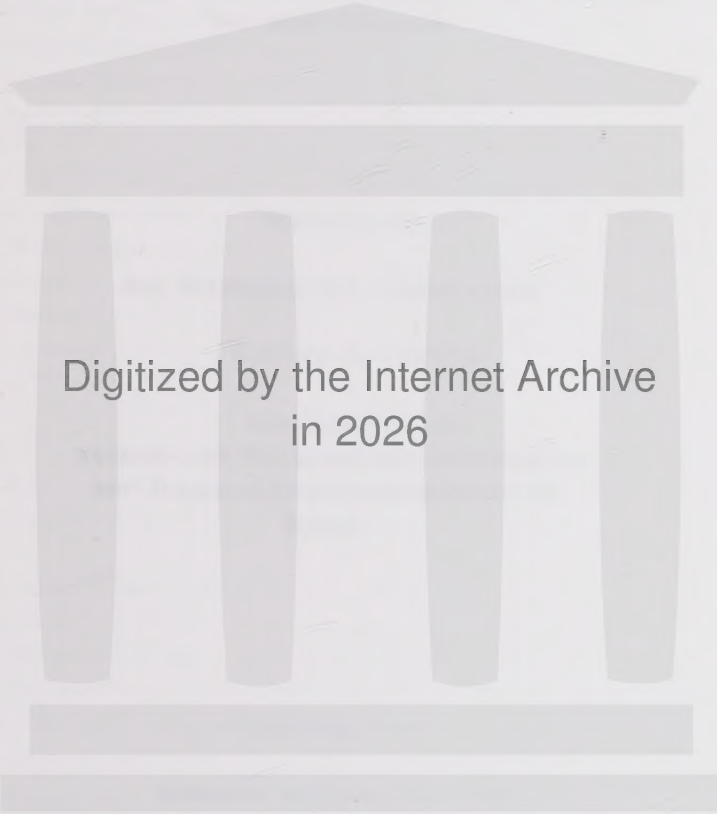
Dissertation
zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes-Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von
Assessor
Wolfgang Petersen

Mainz
1985



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554425_0001

Spannungsverhältnis zwischen Gründerhaftung und
Handlungshaftung im Haftungssystem der Vor-GmbH
bei Bargründungen

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs

Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes-Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von

Assessor Wolfgang Petersen

Mainz

1985

Erstberichterstatter:

Prof. Dr. Teichmann

Zweitberichterstatter:

Prof. Dr. Kraft

Tag der mündlichen Prüfung:

02. 07. 1985

Inhaltsverzeichnis

	Seite
§ 1 Einleitung	1
I Aufgabenstellung	1
1. Allgemeines	1
2. Keine Einbeziehung der Problematik bei der Vor-AG	3
3. Notwendigkeit einer Interessenfeststellung	4
II Geschichte des Vorbelastungsverbotese	5
1. Konzeption des historischen Gesetzgebers	5
2. Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur ...	7
a) Absolute Schuldenfreiheit	7
b) Notwendige Geschäfte und gegenständliche Ver- mögensaufbringung	8
c) Einbringung eines Geschäftsbetriebes	9
III Die Entscheidung des BGH vom 9.3.1981	10
1. Inhalt der Entscheidung	11
2. Offenbleibende Fragen	12
§ 2 Interessenabwägung	14
1. Problemstellung	14
a) Erforderlichkeit einer Interessenabwägung	14
b) Feststellung der Beteiligten	16
c) Dauer der Gründungsphase	16
2. Interessen der Gründer	18
a) Abgeleitet aus der Wahl der Rechtsform	18
b) Interessen in der Gründungsphase	19
3. Interessen der Geschäftsführer	21
a) Geschäftsführer identisch mit Gründer	21
b) Interessen der Fremdgeschäftsführer	21
4. Interessen der Gläubiger	22
a) Beschränkung auf Gläubiger der Vor-GmbH	22
b) Die Interessen im einzelnen	23

5. Gewichtung	25
a) Die einzelnen Konflikte	25
b) Heranziehung normativer Wertungen	26
c) Ergebnis	33
§ 3 Gründerhaftung	34
I Differenzhaftung als Ansatzpunkt	34
1. Problemstellung	34
2. Rechtsnatur und Rechtsgrundlage	36
a) Gesetzliche Grundlage	36
b) Grundsatz der Kapitalaufbringung und -erhaltung	38
aa) Instrument der Kapitalaufbringung	38
bb) Instrument der Kapitalerhaltung	41
(1) Kapitalsicherungsvorschriften	42
(2) Unversehrtheitsgrundsatz	43
(3) Ergebnis	46
3. Voraussetzungen und Umfang	46
a) Wertdifferenz zwischen festgesetztem Stammkapital und tatsächlichem Geschäftsvermögen.....	47
aa) Feststellung des Gesellschaftsvermögens	47
bb) Betroffensein des Gesellschaftsvermögens ...	49
cc) Entscheidender Zeitpunkt	50
b) Umfang	51
aa) Begrenzte Haftung	51
bb) Unbegrenzte Haftung	51
cc) Stellungnahme	52
c) Dauer	53
4. Zustand vor Eintragung	54
II Rechtliche Grundlage für die Gründeraußenhaftung	55
1. Kein Ausschluß durch Gesetz	55
2. Prinzip der unbeschränkten Haftung	58
a) Die Möglichkeit eines solchen Prinzips	58
b) Keine Allgemeingültigkeit dieses Prinzips	61

aa) Keine Stütze im Wirtschaftsverfassungs-	recht	61
bb) Ordnungsgesichtspunkte		62
cc) Verhaltenskontrolle		63
c) Ergebnis		63
3. Gesetzliche Grundlagen		64
a) § 11 II GmbHG		64
b) § 54 S. 2 BGB		66
c) § 128 HGB		67
d) §§ 714, 427 BGB		68
4. Die Vorgesellschaft als Gesamthand		69
a) Das Gesamthandsprinzip		69
aa) Anknüpfungspunkt		69
bb) Ausgestaltung des Gesamthandsprinzips		73
b) Haftungsverhältnisse in der Gesamthand		77
aa) Haftung der Gesamthand als solcher		77
bb) Haftung der Gesamthänder		78
(1) Theorie der einheitlichen Verpflichtung ...		79
(2) Theorie der Doppelverpflichtung		79
(3) Theorie der akzessorischen Haftung		80
cc) Stellungnahme		82
c) Gesamthandsprinzip bei der Vorgesellschaft ...		84
III Einzelfragen zur Gründerhaftung		88
1. Allgemeine Anforderungen		88
a) Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung der Vorgesellschaft		88
b) Vertretung durch die Geschäftsführer		89
2. Umfang der Haftung		91
a) Beschränkte Haftung		91
b) Unbeschränkte Haftung		92
c) Stellungnahme		93
3. Dauer der Haftung		98

§ 4	Haftungsfolgen für Geschäftsführer	100
I	Die Haftung aus § 11 II GmbHG	100
1.	Funktion der Handlungshaftung	101
a)	Strafffunktion	101
b)	Sicherungsfunktion	102
c)	Druckfunktion	104
2.	Einzelfragen zu § 11 II GmbHG	106
a)	Begriff des Handelnden	106
b)	Handeln in wessen Namen?	108
c)	Haftungsinhalt	110
d)	Dauer	112
e)	Rückgriffsanspruch	113
II	Verhältnis zwischen Gründerhaftung und Handlungshaftung	115
1.	Grundlage für das rechtsgeschäftliche Tätig- werden im Gründungsstadium	115
a)	Gesellschaftsvertrag	115
aa)	Anwendbarkeit gesetzlicher Regeln	115
bb)	Ausdrückliche vertragliche Regelung	118
b)	Ermächtigung durch die Gründer	120
aa)	Rechtsnatur	120
bb)	Form	124
c)	Ergebnis	125
2.	Verantwortlichkeit der Gründer aufgrund Wei- sungsbefugnis	125
a)	Stellung der Gründer im Verhältnis zu den Ge- schäftsführern	125
aa)	Die Gesellschafterversammlung	126
bb)	Kompetenzen	128
cc)	Im Besonderen: die Weisungsbefugnis gegen- über den Geschäftsführern	129
dd)	Ergebnis	133
b)	Verantwortlichkeit der Geschäftsführer bei Weisungsabhängigkeit	134

aa) Gebundenheit an Weisungen	134
bb) Verantwortlichkeit	135
cc) Haftung der Gesellschafter?	137
c) Ermächtigung zur rechtsgeschäftlichen Tätigkeit als Weisung	140
c) Zusammenfassung und Ergebnis	141
3. Rechtsgrundlage bei der Einmanngesellschaft	142
a) Vergleichbare Rechtslage	142
b) Haftungsfrage	144
4. Interessenlage und deren rechtliche Bewertung ..	145
a) Die beteiligten Interessen	145
aa) Gründerinteressen	146
bb) Gläubigerinteressen	147
cc) Geschäftsführerinteressen	148
dd) Abwägung der beteiligten Interessen	149
b) Rechtliche Wertungen	151
aa) Das Veranlassungsprinzip und seine Bedeutung für die vorliegende Frage	151
bb) Gleichlauf von Herrschaft und Haftung	154
5. Schlußfolgerung	156
a) Die gegenwärtige rechtliche Situation	156
aa) § 11 II GmbHG	156
bb) § 179 BGB	157
b) Abschied von der Handlungshaftung	158
Schluß	162
Lebenslauf	

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

(In Klammern die jeweilige Zitierweise)

- Ballerstedt: Rezension von: Gadow/Heinichen, Großkommentar zum Aktiengesetz, in ZHR 127, S. 92
- Ballerstedt: Rezension von: Ottmar Kuhn, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, in ZHR 128, S. 119
- Barz: Geldeinlage-Zahlungen der Gesellschafter vor Eintragung der GmbH, in GmbH-Rdsch 1962, S. 189
- Baumbach/Duden/Hopt: Kommentar zum HGB, 25. Auflage 1983 (HGB)
- Baumbach-Hueck: Kommentar zum Aktiengesetz, 13. Auflage 1968 (AktG)
- Baumbach-Hueck: Kommentar zum GmbHG, 13. Auflage 1970 (GmbHG)
- Binz: Haftungsverhältnisse im Gründungsstadium der GmbH & Co., 1976, (Haftungsverhältnisse)
- v. Bismark: Rechtsnatur und Haftungsverhältnisse der Gründungs-GmbH, 1963 (Rechtsnatur)
- Boesebeck: Das Weisungsrecht der Gesellschafter einer GmbH, in GmbH-Rdsch 1960, S. 118
- Brodmann: Aktienrecht, Kommentar, 1923 (HGB)
- Brodmann: Kommentar zum GmbHG, 2. Auflage 1930 (GmbHG)
- Büttner: Identität und Kontinuität bei der Gründung von juristischen Personen, 1967 (Identität und Kontinuität)
- Canaris: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971 (Vertrauenshaftung)
- Dilcher: Rechtsfragen der sogenannten Vorgesellschaft, in JuS 1966, S. 89
- Dregger: Haftungsverhältnisse im Gründungsstadium von AG, GmbH, Genossenschaft und Verein, 1951 (Haftungsverhältnisse)

VII

- Erman: Rezension von: A. Dregger, Haftungsverhältnisse im Gründungsstadium von AG, GmbH, Genossenschaft und Verein, in AcP 152, S. 281
- Emmerich-Sonnenschein: Konzernrecht, 2. Auflage 1977
- Fabricius: Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963 (Relativität)
- Fabricius: Das Stammkapital der GmbH - Zur Frage seiner Rechtfertigung und Rechtfertigung seiner Höhe, in GmbH-Rdsch 1970, S. 137
- Fabricius: Vorgesellschaften bei der Aktiengesellschaft und GmbH: ein Irrweg?, in Festschrift für Kastner, 1972, S. 85
- Feine: Die GmbH, 1929, Sonderdruck aus Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 3, III. Abteilung
- Fischer, Robert: Urteilsanmerkung zu BGH LM Nr. 5 zu § 11 GmbHG
- Fischer, Robert: Urteilsanmerkung zu BGH LM Nr. 8 zu § 11 GmbHG
- Fischer, Robert: Urteilsanmerkung zu BGH LM Nr. 13 zu § 11 GmbHG
- Fischer, Robert: Urteilsanmerkung zu BGH LM Nr. 30 b zu § 11 GmbHG
- Fischer, Robert: Neue Wege im Recht der Personengesellschaften? Eine Besprechung des Buches "Die Personengesellschaft" von Werner Flume, in ZGR 1979, S. 251
- Fischer, Robert: Kommentar zum GmbHG, 10. Auflage 1983 (GmbHG)
- Fischer, Rudolf: Die Aktiengesellschaft, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 3, I. Abteilung, S. 12
- Fleck: Urteilsanmerkung zu BGH LM Nr. 17 zu § 11 GmbHG
- Fleck: Urteilsanmerkung zu BGH LM Nr. 20 zu § 11 GmbHG
- Fleck: Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, in GmbH-Rdsch 1974, S. 224
- Fleck: Die neue Rechtsprechung des BGH zur Vorgesellschaft und zur Haftung des Handelnden, in ZGR 1975, S. 212

- Fleck: Neueste Entwicklung in der Rechtsprechung zur Vor-GmbH, in WM 1983, S. 5
- Flume: Die werdende juristische Person, in Festschrift für Geßler, 1971, S. 3
- Flume: Gesellschaft und Gesamthand, in ZHR 136, S. 167
- Flume: Schuld und Haftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in Festschrift für Harry Westermann, 1974, S. 119
- Flume: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Band I/1, Die Personengesellschaft, 1977 (Personengesellschaft)
- Flume: Die Haftung der Vorgesellschaft bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft, in Festschrift für v. Caemmerer, 1978, S. 517
- Flume: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage 1979 (Rechtsgeschäft)
- Flume: Die Gründung der Einmann-GmbH nach der Novelle zum GmbHG, in DB 1980, S. 1781
- Flume: Zur Enträtselung der Vorgesellschaft, in NJW 1981, S. 1753
- Flume: Die GmbH-Einmanngründung, in ZHR 146, S. 205
- Flume: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Band I/2, Die juristische Person, 1983 (Die juristische Person)
- Gadow: Der Eintritt der Aktiengesellschaft in die vor ihrer Entstehung begründeten Rechtsverhältnisse, in Iher. Jb 87, S. 245
- Geßler: Die GmbH-Novelle, in BB 1980, S. 1385
- v. Gierke, Julius: Handelsrecht, 1921
- v. Gierke, Otto: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887 (Genossenschaftstheorie)
- v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, 1895
- v. Godin-Wilhelmi: Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 3. Auflage 1967 (AktG)
- Großkommentar zum Aktiengesetz, Band I, 2. Auflage 1961 (Bearbeiter in Großkom. zum AktG)

IX

- Großkommentar zum HGB, Band II/1, 3. Auflage 1973 (Bearbeiter in Großkom. zum HGB)
- Großmann-Doerth: Kampf um die Einmanngesellschaft mbH, in DR 1939, S. 9
- Großmann-Doerth: Zur Reform der Kommanditgesellschaft, in AcP 147, S. 1
- Hachenburg: Kommentar betreffend die GmbH, 6. Auflage, Band 1 (1955) (Bearbeiter in Hachenburg, 6. Aufl.)
- Hachenburg: Kommentar betreffend die GmbH, 7. Auflage, Band 1 (1975), Band 2 (1979) (Bearbeiter in Hachenburg)
- Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in AcP 112, S. 1
- Heck: Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912
- Heymann: Die nicht eingetragene GmbH im deutsch-ausländischen Rechtsverkehr, in Iher. Jb 75, S. 408
- Hommelhoff: Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, in ZGR 1978, S. 119
- Horn: Die Vorgesellschaft in der höchststrichterlichen Rechtsprechung, in NJW 1964, S. 86
- Huber: Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970 (Vermögensanteil)
- Huber: Die Vorgesellschaft mit beschränkter Haftung - de lege ferenda betrachtet, in Festschrift für Robert Fischer, 1979, S. 263
- Hubmann: Wertung und Abwägung im Recht, 1977
- Hueck: Gesellschaftsrecht, 16. Auflage 1972
- Hüffer: Vorgesellschaft, Kapitalaufbringung und Drittbeziehungen bei der Einmanngesellschaft - Rechtsfragen nach dem Entwurf der Bundesregierung zur Änderung des GmbHG, in ZHR 142, S. 486
- Hüffer: Gesellschaftsrecht, 1980
- Hüffer: Zuordnungsprobleme und Sicherung der Kapitalaufbringung bei der Einmanngründung der GmbH, in ZHR 145, S. 521

- Immenga: Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970 (Kapitalgesellschaft)
- Immenga: Die Problematik der Anfechtungsklage im GmbH-Recht, in GmbH-Rdsch 1973, S. 5
- John: Die organisierte Rechtsperson, 1977
- John: Zur Problematik der Vor-GmbH, insbesondere bei der Einmanngründung, in BB 1982, S. 505
- Koenige: Handelsgesetzbuch, 3. Auflage 1932 (HGB)
- Kornblum: Die Haftung des Gesellschafters für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, 1972 (Haftung des Gesellschafters)
- Kuhn, Georg: Die Vorgesellschaft, in WM-Sonderbeilage 5/1956, S. 1
- Kuhn, Georg: Die Rechtsprechung des BGH zur GmbH, in WM 1963, S. 978
- Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage 1979 (Methodenlehre)
- Larenz: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 6. Auflage 1983 (AT)
- Laumann: Der Eintritt der AG in die vor ihrer Eintragung begründeten Rechtsverhältnisse, 1939 (Eintritt der AG)
- Lieb: Abschied von der Handlungshaftung, in DB 1970, S. 961
- Limbach: Die empirischen Normaltypen der GmbH und ihr Verhältnis zum Postulat von Herrschaft und Haftung, 1966 (Normaltypen)
- Lipp: Zwischen Gesamthand und Gesamtschuld, in BB 1982, S. 74
- Lutter: Sicherung der Kapitalaufbringung und -ernhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der ENG (Kapitalaufbringung)
- Lutz: Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, 1858 ff.

- Mertens: Die Geschäftsführerhaftung in der GmbH und das ITT-Urteil in Festschrift für Robert Fischer, 1979, S. 461
- Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht, 1928 (Handelsrecht)
- Müller-Erzbach: Herrschaft und Haftung, in LZ 1939, S. 145
- Müller-Erzbach: Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, veranschaulicht am Gesellschaftsrecht, in AcP 154, S. 299
- Müller-Erzbach: Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, 1948 (Mitgliedschaft)
- Münchener Kommentar zum BGB; Band 1 (1978); Band 3, 2. Halbband (1980) (Bearbeiter in Münch. Kom.)
- Ott: Typenzwang und Typenfreiheit im Recht der Personengesellschaft, 1966 (Typenzwang)
- Overlack: Der Einfluß der Gesellschafter auf die Geschäftsführung in der mitbestimmten GmbH, in ZHR 141, S. 125
- Pleyer: Urteilsanmerkung zu BGH, Urteil vom 14.12.1959 = GmbH-Rdsch 1960, S. 43, in GmbH-Rdsch 1960, S. 44
- Pleyer: Urteilsanmerkung zu KG, Urteil vom 26.9.1961, in GmbH-Rdsch 1962, S. 49
- Priester: Die Unversehrtheit des Stammkapitals bei Eintragung der GmbH - ein rechtsnotwendiger Grundsatz?, in ZIP 1982, S. 1141
- Rehbinder: Treuepflichten im GmbH-Konzern - Besprechung der Entscheidung BGHZ 65, 15; in ZGR 1976, S. 386
- Reinhardt: Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmann-gesellschaft, in Festschrift für Lehmann, Bd. II, 1956, S. 576
- Reinhardt: Richter und Rechtsfindung, 1957
- Riedel/Raabe: Die Vorhaftung bei der Vorgesellschaft, in NJW 1968, S. 873
- Riedel: Gilt der allgemeine Geschäftsbetriebsauftrag bei Vorgesellschaften als ein Handeln im Sinne des § 41 AktG und des § 11 GmbHG?, in BB 1974, S.1459

- Rittner: Die werdende juristische Person, 1973
- Roth: Die Gründerhaftung im Recht der Vor-GmbH, in ZGR 1984, S. 597
- Schäfer-Götz: Die Lehre vom Vorbelastungsverbot und die Differenzhaftung der Gründer, 1983 (Vorbelastungsverbot)
- Schilling: Grundlagen eines GmbH-Konzernrechts, in Festschrift für Hefermehl, 1976, S. 383
- Schmidt, Karsten: Zur Stellung der OHG im System der Handelsgesellschaften, 1972 (Zur Stellung der OHG)
- Schmidt, Karsten: Der Funktionswandel der Handelndenhaftung im Recht der Vorgesellschaft, in GmbH-Rdsch 1973, S. 146
- Schmidt, Karsten: Einmanngründung und Einmannvorgesellschaft, in ZHR 145, S. 540
- Schmidt, Karsten: Die Vor-GmbH als Unternehmerin und Komplementärin, in NJW 1981, S. 1345
- Scholz, Franz: Die Haftung des Handelnden in der Vor-GmbH, in GmbH-Rdsch 1956, S. 3
- Scholz, Franz: Kommentar zum GmbHG, 5. Auflage 1964 (GmbHG), 6. Auflage 1978 ff. (Scholz/Bearbeiter)
- Scholz, Michael: Haftung im Gründungsstadium der GmbH, 1979 (Haftung im Gründungsstadium)
- Schreiber: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, 1925 (KGaA)
- Schünemann: Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft, 1975 (Grundprobleme)
- Schultze-v. Lasaulx: Gedanken zur Rechtsnatur der sogenannten Vorgesellschaft, in Festschrift für Olivecrona, 1964, S. 576
- Schumacher: Die Entwicklung der inneren Organisation der AG im deutschen Recht bis zum ADHGB, 1937 (Entwicklung)
- Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch
Band I, Allgemeiner Teil, 11. Auflage 1978,
Band II, Schuldrecht I, 10. Auflage 1967,
Band III, Schuldrecht II, 10. Auflage 1969
(Soergel-Bearbeiter)

XIII

- Staub: Kommentar zum HGB, 12./13. Auflage 1926 (Staub-Bearbeiter)
- Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage (Staudinger-Bearbeiter)
- Sudhoff: Die "Haftung" im Gründungsstadium, in GmbH-Rdsch 1965, S. 107
- Sudhoff: Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH, 9. Auflage 1977 (Rechte und Pflichten)
- Teichmann-Koehler: Aktiengesetz, 1937
- Teichmann, Arndt: Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970 (Gestaltungsfreiheit)
- Teichmann, Arndt: Die Personengesellschaft als Rechtsträger, in AcP 179, S. 475
- Theobald: Vor-GmbH und Gründerhaftung, 1984 (Vor-GmbH)
- Ulmer: Das Vorbelastungsverbot im Recht der GmbH-Vor-gesellschaft - notwendiges oder überholtes Dogma?, in Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 279
- Ulmer: Die Einmanngründung der GmbH - ein Danaerge-schenk?, in BB 1980, S. 1001
- Ulmer: Abschied vom Vorbelastungsverbot im Gründungssta-dium der GmbH, in ZGR 1981, S. 593
- Westermann, Hans-Peter: Vertragsfreiheit und Typengesetzlich-keit im Recht der Personengesellschaften, 1970 (Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit)
- Wischner: Zur Theorie der juristischen Person des Privat-rechts, in Festschrift für A. H. Auer, 1973, S. 339
- Wiedemann: Das Rätsel Vorgesellschaft, in Jura 1970, S. 439
- Wiedemann: Juristische Person und Gesamthand als Sonderver-trägen, in JA-Sonderbeilage 4/1975, S. 1
- Wieland: Handelsrecht, Band I, 1921, Das kaufmännische Un-ternehmen und die Handelsgesellschaften; Band II, 1931, Die Kapitalgesellschaften

Wiethölter: Die GmbH & Co. KG, Chancen und Grenzen, in:
Aktuelle Probleme der GmbH & Co., 1967, S. 11

Würdinger: Aktien- und Konzernrecht, 1. Auflage 1968

§ 1 Einleitung

I Aufgabenstellung

1. Allgemeines

Das Recht der Vorgesellschaft war und ist Gegenstand zahlreicher Untersuchungen und höchstrichterlicher Entscheidungen. Man könnte deshalb zu Recht von einem "Rätsel Vorgesellschaft" (1) sprechen, gingen doch die Ansichten weit auseinander und wurden andere Fragen spät oder gar nicht geklärt. Wie unter II noch darzustellen sein wird, lag dies zum großen Teil daran, daß sich der Gesetzgeber mit der Frage einer Vorgesellschaft bewußt (2) oder auch unbewußt nicht auseinandergesetzt hat. Ob solche Untätigkeit angesichts der Vielzahl von Fragen und Meinungen und der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit noch vertretbar erscheint (3), braucht hier nicht erörtert zu werden. Sie muß zum gegenwärtigen Zeitpunkt als gegeben hingenommen werden. Die der Rechtsprechung und Wissenschaft zur Klärung überlassenen Fragen des Rechts der Vorgesellschaft hat nun in einigen Bereichen zu weitgehender Übereinstimmung geführt. Das trifft insbesondere auf die Frage der Rechtsnatur der Vorgesellschaft zu (4). Uneinig war man sich hingegen in der Beantwortung der Frage, ob und inwieweit Rechte und Pflichten der Vorgesellschaft auf die entstandene Gesellschaft übergehen sollten (5). Diese Frage wurde von der hM mit dem sogenannten Vorbelastungsverbot (vgl. zur Entwicklung unten II) beantwortet. In der neueren Literatur wurde dieses "Institut" zunehmend an-

(1) So der Titel des Aufsatzes von Wiedemann, JurA 1970, 439; ablehnend gegen diese Bezeichnung Flume, FS für v. Caemmerer, 517

(2) Vgl. BT-Drucks. 7/253, 96 zu § 22 I RegE

(3) Kritik in diese Richtung üben Ulmer, ZGR 1981, 621; K. Schmidt, NJW 1981, 1346

(4) Rob. Fischer, § 11 GmbHG, Anm. 2b mwN, insbesondere Hinweis auf ständige Rechtsprechung des BGH

(5) Vgl. nur Überblick bei Ulmer in Hachenburg, § 11, RdNr. 22 ff.

gegriffen (1), wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen (2). Dieser Entwicklung hat sich der II. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 9.3.1981 (3) angeschlossen und dem Vorbelastungsverbot insgesamt eine Absage erteilt (Näheres unten III). Da der BGH ausdrücklich auf die auch der Rechtsprechung zukommende Aufgabe der Klärung von Fragen des Vorgesellschaftsrechts verweist (4), muß sein Urteil als Grundsatzentscheidung gewertet werden. Es ist aber zu erwarten, daß die Aufgabe des Vorbelastungsverbotes aus Gründen der Rechtssicherheit eben als Grundsatz anzusehen ist. Das Recht der Vorgesellschaft ist nunmehr unter den Prämissen des Urteils vom 9.3.1981 herauszubilden und zu analysieren. Der BGH hat zu einigen mit der Aufgabe des Vorbelastungsverbotes verknüpften Fragen Stellung genommen (näher unten III 1.), andere aber noch nicht angesprochen (vgl. unten III 2.).

Einige dieser offenen Fragen könnten nun mit Hinweisen auf Beiträge der Lehre geklärt werden. Aber abgesehen davon, daß m. E. in diesen Bereichen kein einheitliches Meinungsbild existiert, ist der vorgesehene Schwerpunkt dieser Arbeit, nämlich das Verhältnis zwischen Gründerhaftung und Handlungshaftung, bisher praktisch nicht diskutiert worden. Diese Frage scheint mir nun gerade wegen des Wegfalls des Vorbelastungsverbotes relevant zu sein. Denn einmal kann die Vorgesellschaft nunmehr anerkanntermaßen umfangreiche Verpflichtungen eingehen, für die dann die

-
- (1) Überblick bei Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 26; ferner Binz, Haftungsverhältnisse, 134; Dilcher, JuS 1966, 92 f.; F. Scholz, GmbH-Rdsch 1956, 3 ff.; Flume, FS für Geßler, 39 ff.
 - (2) So geht z. B. Dregger, Haftungsverhältnisse, 50 ff. von Identität zwischen Vorgesellschaft und eingetragener Gesellschaft aus; Büttner, Identität und Kontinuität, 130 ff. von einer "Kontinuität". Dagegen Schultze-v.Lasaulx, FS für Olivecrona, 586 ff., der darauf verweist, daß sich die Identitätstheorie nur zur Beschreibung eines Vorganges eigne, aber keine rechtliche Grundlage für den unmittelbaren Übergang von Rechten und Pflichten biete; ihm folgend Flume, FS für Geßler, 25 f.; Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 25
 - (3) BGHZ 80, 129 = NJW 1981, 1373 = BB 1981, 689 = WM 1981, 400
 - (4) Entscheidungsgründe unter 2a

Gründer und/oder die Handelnden im Sinne von § 11 II GmbHG einzustehen hätten. Dies gilt gerade wegen des fehlenden Vorbelastungsverbotes auch bei Bargründungen. Dabei stellte sich das Problem einer sachgemäßen Verwaltung und eventuellen Fortführung einer Einlage bislang nicht. Der Wegfall des Vorbelastungsverbotes hat also schon hier Auswirkungen. Zum anderen bewirkt der Wegfall einen automatischen Übergang aller Verbindlichkeiten, verbunden mit einer eventuellen Differenzhaftung der Gründer. Die Eintragung der Gesellschaft stellt damit im Hinblick auf die Verbindlichkeiten keinen "Bruch" mehr dar, sondern es existiert doch eine gewisse Kontinuität. Gleiches müßte eigentlich auch für die damit verbundenen Haftungsfragen gelten. Damit führt aber die mit der Aufgabe des Vorbelastungsverbots verknüpfte Differenzhaftung zu der Frage der Gründerhaftung im Gründungsstadium. Ohne die nähere Untersuchung schon vorwegnehmen zu wollen, scheint doch eine Verbindung zwischen den beiden Haftungsarten zu bestehen. Damit stellt sich weiter die Frage, inwieweit im Gründungsstadium die Haftung aus § 11 II GmbHG und eine Gründerhaftung nebeneinanderstehen können oder sollen.

2. Keine Einbeziehung der Problematik bei der Vor-AG

Man könnte nun daran denken, die Problematik der Vor-AG in die Untersuchung mit einzubeziehen. Die Entstehung einer Aktiengesellschaft verläuft in denselben Bahnen wie die einer GmbH. Deshalb verweist auch das Schrifttum zur Vor-GmbH häufig auf solches zur Vor-AG (1). Die einzelnen Akte, die zur Entstehung der jeweiligen Gesellschaft erforderlich sind, sind aber bereits unterschiedlich (2). Der gravierendste Unterschied besteht gerade im Hinblick auf den Übergang von Verbindlichkei-

(1) Z. B. Binz, Haftungsverhältnisse; Ulmer in Hachenburg, Erläuterungen zu § 11; auch Rittner, Die werdende juristische Person

(2) Vgl. §§ 23 ff. AktG, insbes. §§ 26, 27, 36, 37 AktG einerseits; §§ 5 ff. GmbHG andererseits

ten, dafür gilt im Aktienrecht der § 41 II AktG. Diese Vorschrift ist nur aus der besonderen Körperschaftsstruktur der Aktiengesellschaft heraus zu verstehen (1) und gilt somit nur für diese. Eine vergleichbare Vorschrift gibt es im GmbH-Recht nicht (2). Deshalb erscheint es angebracht, die Untersuchung auf den Bereich der GmbH zu beschränken. Dabei soll aber nicht verkannt werden, daß es bei beiden Gesellschaftsformen gleiche Prinzipien gibt, für die gleichlautende Grundsätze gelten. Es ist daher durchaus angebracht, in der einen oder anderen Einzelfrage auf Literaturstimmen zum AktG zurückzugreifen, insbesondere im Hinblick darauf, daß Vorschriften des GmbHG teilweise aus den Regelungen zur Aktiengesellschaft im ADHGB abgeleitet sind.

3. Notwendigkeit einer Interessenfeststellung

Wie bereits Dregger (3) hervorgehoben hat, stehen zur Klärung von Haftungsfragen bei der Vor-GmbH nur wenige Gesetzesvorschriften zur Verfügung, so daß eine Analyse der beteiligten Interessen erforderlich ist. Eine rein juristische Betrachtungsweise dient den Bedürfnissen und Erfordernissen der Praxis zumeist nicht oder wenig und wird an den Problemen möglicherweise sogar vorbeigehen. Die Notwendigkeit einer Interessenfeststellung und -abwägung wird erst recht deutlich, wenn man sich die möglichen Interessengruppen vor Augen hält (vgl. bei § 2). Es liegt auf der Hand, daß hier zunächst Interessenkonflikte bestehen. Diese zu beseitigen ist Aufgabe der umfassenden Abwägung unter Betrachtung der allgemeinen Grundsätze des Gesellschaftsrechts (4), wie sie für die GmbH insbesondere im GmbHG zum Ausdruck kommen. Diese Interessenabwägung soll am

(1) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 41, Anm. 4

(2) Baumbach-Hueck, § 11 GmbHG, Anm. 3 F

(3) Haftungsverhältnisse, 10 ff.

(4) Ulmer, ZGR 1981, 609

Anfang der Untersuchung stehen, um so Anhaltspunkte und Prämissen für die folgenden Untersuchungen zu geben und um offene Fragen klären zu können.

II Geschichte des Vorbelastungsverbotes

Wie oben bereits hervorgehoben wurde, stehen die zu untersuchenden Fragen in engem Zusammenhang mit der Aufgabe des Vorbelastungsverbotes. Aspekte, die zur Begründung des Verbotes herangezogen wurden, können deshalb bei der weiteren Untersuchung immer wieder auftauchen, insbesondere zum Verständnis der Handlungshaftung. Die Entwicklung des Verbots soll von daher im folgenden kurz umrissen werden. Dabei soll auch verdeutlicht werden, wie sich Rechtsprechung und Schrifttum im Laufe der Zeit immer wieder mit neuen Problemen und Aspekten auseinandergesetzt haben, um auf diese Weise Bedürfnissen der Praxis gerecht zu werden.

1. Konzeption des historischen Gesetzgebers

Das GmbHG vom 20.4.1892 enthielt keinerlei Regelung über die Vorgesellschaft. In der Begründung zu § 11 des Entwurfs vom 11.2.1892 wird lediglich auf die bei der Aktiengesellschaft gleichgelagerten Grundsätze hingewiesen (1). Daher sollte das ADHGB, das auch das Recht der Aktiengesellschaft regelte, zum Ausgangspunkt gemacht werden (2). Gemäß Art. 208 ADHGB war die Gründung einer Aktiengesellschaft nach dem Konzessionssystem geordnet. Darauf aufbauend bestimmte dann Art. 211 I ADHGB, daß die Aktiengesellschaft als solche vor erfolgter Genehmi-

(1) Stenographische Berichte des dt. Reichstages, 8. Legislaturperiode, 1. Session 1890/92, Bd.12, Anlage-Nr.660, S.3736

(2) Vgl. Fabricius, FS für Kastner, 89

gung und Eintragung in das Handelsregister nicht bestand. Daraus wurde gefolgert, daß es eine Vorgesellschaft nicht geben sollte (1). Das entsprach aber keineswegs den Vorstellungen der beratenden Kommission; diese hatte ein Vor-Dasein der Aktiengesellschaft durchaus gesehen und auch anerkannt (2). Ungeklärt blieb indessen die Frage der rechtlichen Behandlung dieser Vorgesellschaft und damit die des Übergangs von Rechten und Pflichten. Dies erklärt sich wohl vor allem daraus, daß die Vorschläge zum ADHGB auf Gedanken des Preußischen Entwurfs beruhten. Von einer Vorgesellschaft war dort nie die Rede, dem dortigen Art. 189 V (3) war sogar eine Absage an jegliches Vor-Dasein zu entnehmen (4). Diese Ablehnung wurde zwar nicht mehr strikt aufrecht erhalten, jedoch gingen die Kommissionsmitglieder zunächst von einer ganz anderen Struktur der Vorgesellschaft als bei der entstandenen Aktiengesellschaft aus. Denn diese hatten Bedenken, schon die Aktiengesellschaft als juristische Person anzuerkennen (5), also konnte die Vorgesellschaft keinesfalls als solche angesehen werden, sie mußte demnach dem Recht eines nicht näher bezeichneten anderen Rechtsgebildes unterstehen.

Im Jahre 1870 wurde durch eine Novellierung das Konzessionssystem durch das Eintragungsprinzip ersetzt, wobei dem Gründungsstadium zwangsläufig mehr Aufgaben zufielen. Dennoch erfuhr

(1) Fabricius, aaO., 92

(2) Vgl. dazu die Darstellung der Entstehungsgeschichte bei Rittner, Die werdende juristische Person, 111 ff. unter Bezugnahme auf die von Lutz herausgegebenen Protokolle der Kommission zur Beratung eines ADHGB. Insbes. sind hier die Protokolle der 172. Sitzung (aaO., III.Bd., 1449 f.) sowie denen der 133., 137. und 139. Sitzung (aaO., 1094 ff., 1118 ff. und 1151 ff.) von Interesse

(3) Lutz, Beilagenband, 38

(4) Vgl. Rittner, Die werdende juristische Person, 118

(5) Vgl. Lutz, aaO., III. Bd., 1039; Schumacher, Entwicklung, 66, der aber den Vorbehalt der Kommissionsmitglieder in der 125. Sitzung als ein Durchsetzen der Sozietätslehre ansieht (vgl. S. 67 oben)

dieses Stadium keine eigenständige Regelung, Art. 211 ADHGB blieb unangetastet. Durch Gesetz vom 18.7.1874 wurden die Gründungsbestimmungen noch weiter verschärft, um bis dahin aufgetretenen Mißständen in der Praxis zu begegnen (1). Diesmal ließ der Gesetzgeber den Art. 211 ADHGB bewußt unangetastet. Er erachtete diese Vorschrift als ausreichend, erkannte er doch die Vorgesellschaft in seiner Begründung zum Entwurf dieses Gesetzes als eigenständiges Rechtssubjekt an (2). Weiter ging der Gesetzgeber jedoch nicht, eine Klärung der bereits genannten Fragen erfolgte nicht. Insoweit war auch für die GmbH aufgrund der entsprechend gestalteten Vorschrift des § 11 GmbHG keine Klarheit zu erwarten.

2. Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur

In der Literatur zum ADHGB wurde die Problematik einer Vorgesellschaft weitgehend außer Acht gelassen (3), auch die Rechtsprechung nahm dazu keine Stellung, soweit es um den Übergang von Rechten und Pflichten ging. Lediglich das ROHG hat sich einmal mit dieser Frage auseinandergesetzt (4) und eine Verpflichtung der Aktiengesellschaft aus mit der Einzahlung von Einlagen verbundenen Aufwendungen des zuständigen Organs verneint.

a) Absolute Schuldenfreiheit

Daraus wurde dann teilweise geschlossen (5), für die entstehende Körperschaft könnten Verpflichtungen gar nicht oder nur kraft

(1) Rittner, Die werdende juristische Person, 120

(2) Rittner, aaO.

(3) Fabricius, FS für Kastner, 92 FN 14

(4) ROHG 20, 207

(5) So, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen: Brodmann, GmbHG, 59; Ritter, AktG, Erl. 1 zu § 34; Godin-Wilhelmi, Anm. 4 zu § 34 AktG; Laumann, Eintritt der AG, 17 f.; aus neuerer Zeit noch Baumbach-Hueck, § 41 AktG, Rdnr. 4 f.; Horn, NJW 1964, 90; Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, 100 ff.; Fabricius, FS für Kastner, 95

besonderer Regelung geschaffen werden. Für Bargründungen bedeutete dies ein absolutes Vorbelastungsverbot, der Zweck der Vorgesellschaft war in diesen Fällen auf die erforderliche Einziehung der Einlagen und deren Verwaltung beschränkt. Als besondere gesetzliche Regelung wurde dabei nur § 5 IV GmbHG angesehen. Allerdings konnten Verpflichtungen für die entstandene Körperschaft nach Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (1) oder durch Genehmigung gemäß §§ 177 ff. BGB wirksam sein.

b) Notwendige Geschäfte und gegenständliche Vermögensaufbringung

Das RG hat nun im Laufe der Zeit eine Reihe von Entscheidungen getroffen (2), in denen es den Begriff der "zur Entstehung der GmbH erforderlichen Rechtsgeschäfte" entwickelt hat. Solche Geschäfte sollten ohne weiteres auch für die entstandene GmbH wirksam sein. Ansatzpunkt für die Beurteilung dafür blieb aber das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag der jeweiligen GmbH. Alle Geschäfte, die außerhalb dieser Bestimmungen lagen, wirkten nicht unmittelbar für die entstandene GmbH, konnten aber von dieser übernommen bzw. genehmigt werden. Dieser Ansicht haben sich weite Teile des Schrifttums angeschlossen (3).

Die Meinungen über die Frage, was alles zu den notwendigen Geschäften zu rechnen sei, gingen indessen weit auseinander. Diese reichten von der Ansicht, daß nur zur rechtlichen Begründung

-
- (1) Brodmann, aaO., 59; ders. in Kom. zum HGB, § 200, Anm. 1b
 - (2) RGZ 24, 14; 58, 55; 83, 370; 105, 228; 134, 121; 151, 86
 - (3) Bereits zuvor O.v.Gierke, Genossenschaftstheorie, 125; danach Gadow, Iher. Jb. 87, 253 f.; Staub-Pinner, § 200 HGB, Anm. 5; J.v.Gierke, Handelsrecht, 223, 331; F. Scholz, § 11 GmbHG, Anm. II 1; Koenige, § 200 HGB, Erl. 2b; Teichmann-Koehler, § 34 AktG, Erl. 3b; auch Kuhn, WM-Sonderbeilage 5/1956, 3 ff.; Schilling in Hachenburg, 6. Aufl., § 11, Anm. 4; Schutze-v.Lasaulx, FS für Olivecrona, 586 ff.

der Körperschaft erforderlichen Handlungen erfaßt sein sollten (z. B. Anstellung der Vorstandsmitglieder), über die, daß die zur sachgemäßen Erhaltung der geleisteten Bar- und Sacheinlagen erforderlichen Handlungen dazugehören, bis zu der Ansicht, daß allgemein alle zur Vorbereitung des geplanten Wirtschaftsunternehmens notwendigen Geschäfte für die entstehende Körperschaft wirksam sein sollen.

Das RG hat dabei auch ausdrücklich darauf abgestellt, daß Sach- und Bareinlagen bei Eintragung der Gesellschaft noch gegenständlich vorhanden sein müssen. Insbesondere könnten Bareinlageverpflichtungen nicht durch Einbringung von Sachen getilgt werden (1). Der BGH hat sich dieser Auffassung zunächst weitgehend angeschlossen und ebenfalls auf eine gegenständliche Aufbringung der Einlagen abgestellt (2).

c) Einbringung eines Geschäftsbetriebes

Bereits zuvor hatte sich das Problem gestellt, inwieweit Verbindlichkeiten aus der Fortführung eines eingebrachten Geschäftsbetriebes übergehen können. Dies wurden teilweise zu den notwendigen Geschäften gezählt, so daß der Übergang von Rechten und Pflichten aus solchen automatisch erfolgen sollte (3). Hieraus entwickelte sich der Begriff der "wirtschaftlich notwendigen Geschäfte", das sind solche Geschäfte, die zur Erhaltung eingebrachter Gegenstände, insbesondere eines Geschäftsbetriebes, oder sonst zur Vorbereitung des Gesellschaftsunternehmens bei verständiger Betrachtung unumgänglich sind (4). Der BGH hat sich mit diesem Begriff nicht ausdrücklich auseinander-

(1) RGZ 83, 370, 377

(2) BGHZ 37, 75, 78; auch noch BGH WM 1970, 160; BGH NJW 1976, 419

(3) Vgl. Fischer in Großkom. zum AktG, § 34, Anm. 13; Ballerstedt, ZHR 127, 94 f.; Barz, GmbH-Rdsch 1962, 189; Pleyer, GmbH-Rdsch 1962, 156 f.

(4) Vgl. Fleck, ZGR 1975, 218 mwN in FN 14

gesetzt, hat ihn aber gleichwohl anerkannt und solche Geschäfte für die entstandene Gesellschaft als wirksam angesehen (1). Diese Auslegung war jedoch auf den Fall einer Sacheinlage begrenzt, für Bargründungen sollte es bei dem strikten Vorbelastungsverbot bleiben (2).

In der Literatur wurde schon seit den Dreißiger Jahren immer wieder Stimmen laut, die dieses Vorbelastungsverbot als mit der Rechtslage unvereinbar ansahen und daher verwarfen (3). Angesichts der immer weitergehenden Aushöhlung dieses Verbotes, insbesondere durch die unterschiedlichen Auslegungen des Begriffes der notwendigen bzw. wirtschaftlich notwendigen Geschäfte, vermehrten sich diese Stimmen im Laufe der Zeit. So wurde hauptsächlich für Fälle der Sachgründung eine Aufgabe des Vorbelastungsverbots gefordert, aber auch für alle sonstigen Gründungsarten, um so eine Einheitlichkeit in der Rechtsanwendung zu erreichen. Auf der anderen Seite gab es aber auch noch eine Reihe von Autoren, die mit dem BGH am Vorbelastungsverbot festhielten. Daher war die Frage des Vorbelastungsverbots eine der umstrittensten im Recht der werdenden juristischen Person überhaupt.

III Die Entscheidung des BGH vom 9.3.1981

Angesichts der Vielzahl der Stimmen, die die Aufgabe des Vorbelastungsverbotes forderten (4), hat der BGH in dem angeführten Urteil das Vorbelastungsverbot insgesamt fallen lassen.

Zwar betraf der dem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt eine

(1) BGHZ 45, 338; 53, 210; 65, 378; BGH LM Nr. 12 zu § 11 GmbHG

(2) Fleck, Anm. zu BGH LM Nr. 20 zu § 11 GmbHG

(3) Feine, Die GmbH, 201 f.; Schreiber, KGaA, 36 f., 66, 69; Müller-Erzbach, Handelsrecht, 258 ff.; ders. in Mitgliedschaft, 191

(4) Siehe Übersicht bei Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 26

GmbH & Co. KG, jedoch stellten sich dabei Fragen nach einer Haftung der GmbH bzw. Vor-GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin.

1. Inhalt der Entscheidung

Die Aufgabe des Vorbelastungsverbotes konnte nur deshalb erfolgen, weil der BGH die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer zu rechtsgeschäftlicher Verpflichtung der Vor-GmbH auch bei Bargründungen nur noch von einer einstimmigen, formlosen Ermächtigung durch alle Gründer abhängig machte (Entscheidungsgründe 2b a. E.). Diesen Weg hatte der BGH zwar schon zuvor eingeschlagen (1), jedoch keine entsprechenden Konsequenzen - wie jetzt - gezogen.

Daneben hat sich der BGH eingehend mit der Frage nach einer sonstigen Sicherung der Kapitalaufbringung auseinandergesetzt. Unter Hinweis auf die seit der Novelle von 1980 ausdrücklich geregelte Differenzhaftung der Gründer bei Sachgründungen (§ 9 GmbHG) hat der II. Senat auch eine Differenzhaftung bei Bargründungen bejaht (2). Der BGH hat damit auf eine wertmäßige Aufbringung des Stammkapitals abgestellt, wie bereits von Wiedemann (3) gefordert worden war.

Ferner hat der BGH die bisher ebenfalls umstrittene Frage des zeitlichen Endes der Haftung aus § 11 II GmbHG entschieden und gesagt, daß diese mit der Eintragung der GmbH ende (4). Begründet wurde dies damit, daß ab Eintragung der vorgesehene vertragsmäßige Schuldner, nämlich die entstandene GmbH, hafte und den Interessen der Gläubiger damit Genüge getan sei. Gleich-

(1) In BGHZ 65, 378, 382

(2) Vgl. Entscheidungsgründe unter 2c sowie Leitsatz 3

(3) In JurA 1970, 453

(4) Vgl. Entscheidungsgründe unter 3a

ches hat der BGH auch zur persönlichen Haftung der Gründer gesagt, diese soll also ebenfalls im Zeitpunkt der Eintragung der GmbH enden (1). Letztlich hat sich der BGH noch mit der Frage der Komplementärfähigkeit der Vor-GmbH beschäftigt (Leitsatz 6), diese Frage ist aber für die hier durchzuführende Untersuchung nicht relevant.

2. Offenbleibende Fragen

Der BGH hat sich in dem genannten Urteil mit den Fragen nach der Grundlage und dem Umfang einer persönlichen Haftung der Gründer nicht befaßt bzw. sie ausdrücklich offengelassen. Auf die Relevanz der Gründerhaftung im Zusammenhang mit der Aufgabe des Vorbelastungsverbot es wurde bereits eingangs hingewiesen. Diese Fragen können m. E. nicht ohne Berücksichtigung der nunmehr anerkannten Differenzhaftung gelöst werden, worauf ich ebenfalls schon eingangs hingewiesen habe. Daher sollen auch grundsätzliche Aspekte der Differenzhaftung mit in die Untersuchung einbezogen werden. Im Hinblick darauf begegnet es aber Bedenken, wenn die Entscheidung im wesentlichen auf die Regelung des § 9 GmbHG abstellt (2). Zum einen knüpft der BGH die Differenzhaftung an den Eintragungszeitpunkt (vgl. Leitsatz 3), während die genannte Vorschrift auf den Anmeldezeitpunkt abstellt. Zum anderen enthält § 9 GmbHG eine Sonderfallregelung. Diese kann wohl nicht ohne weiteres pauschal die mit der Anerkennung der Differenzhaftung geschaffene Risikoerweiterung für die Gründer bewirken (3).

Aus der Untersuchung zur Gründerhaftung resultiert dann auch die weitere Frage nach dem Verhältnis dieser Haftung zu der aus § 11 II GmbHG, zumal der BGH hier selbst erkannt hat, daß

(1) Entscheidungsgründe unter 3b, Leitsatz 5

(2) So auch Ulmer, ZGR 1981, 603

(3) Vgl. K. Schmidt, NJW 1981, 1346

es zumindest infolge der Differenzhaftung zu einem Interessenkonflikt zwischen Gründern und Geschäftsführern kommen kann. Ein solcher Interessenkonflikt besteht nun möglicherweise generell im Gründungsstadium. Diese Fragen wurden in der Entscheidung nicht angeschnitten. Den Gläubigern der Vorgesellschaft stehen dann aber möglicherweise neben der Gesellschaft zwei weitere Haftungssubjekte zur Verfügung, was wohl eine übertriebene Sicherung wäre. Diese "zweigleisige" Haftung könnte auch der Verteilung der Verantwortlichkeiten im Gründungsstadium widersprechen. Deshalb gehört eine Auseinandersetzung mit der rechtlichen Grundlage für das Tätigwerden der Geschäftsführer im Gründungsstadium ebenfalls hierher, wobei der BGH zu diesem Teilaspekt Stellung bezogen hat (1). Andererseits ist auch die Stellung der Gründer näher auszuleuchten, um so deren Verhältnis zu den Geschäftsführern feststellen zu können. Dies ist, soweit ersichtlich, noch nicht unter dem Aspekt einer möglichen Konkurrenz zwischen Gründer- und Handlungshaftung geschehen. Auch der BGH ist hierauf nicht eingegangen.

Schwerpunkte der nun folgenden Untersuchung sind demnach Gründerhaftung, Handlungshaftung und deren Verhältnis zueinander. Über diese Fragen hinaus soll dann zugleich ein Haftungssystem in der Vor-GmbH entwickelt werden, wie es nach der Lösung des angesprochenen Konkurrenzverhältnisses als möglich erscheint.

(1) Vgl. oben S. 11 bei III 1.

§ 2 Interessenabwägung

1. Problemstellung

a) Erforderlichkeit einer Interessenabwägung

Auf die Erforderlichkeit einer Interessenabwägung wurde in der Einleitung bereits hingewiesen. Im folgenden soll nun näher dargestellt werden, ob und in welchem Umfang sich diese Abwägung rechtsmethodisch verwerten läßt, bevor dann die einzelnen beteiligten Interessen festgestellt und gewichtet werden sollen. Es erscheint wenig sinnvoll, nur eine reine Interessenabwägung vorzunehmen und deren Ergebnis mit der Gesetzeslage zu vergleichen (1). Denn auf diese Weise könnte man der Versuchung erliegen, Gesetzessystematik und sonstige normative Wertungen außer Acht zu lassen.

Daß andererseits die an einem Lebenssachverhalt beteiligten Interessen bei der Lösung von Problemen ebenfalls zu beachten sind, sei es durch Feststellung und Auslegung des gesetzgeberischen Willens zu den in Frage stehenden Normen (2), sei es durch Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten im Einzelfall, liegt auf der Hand (3). Letzteres führt aber im Ergebnis wohl dazu, daß nur ein bestimmter Interessenkonflikt unter Berücksichtigung der dazu passenden Gesamtwertung gelöst wird, es fehlt dann noch die Berücksichtigung allgemeiner Prinzipien (4). Ein so gewonnenes Ergebnis läßt sich demnach kaum oder gar nicht auf etwas anders gelagerte Fälle übertragen. Die

-
- (1) So aber im Ergebnis Dregger, Haftungsverhältnisse, 11; Ermann, AcP 152, 282 weist zutreffend auf diesen Schwachpunkt hin
 - (2) Hierauf stellt die sogenannte historische Interessenjurisprudenz entscheidend ab. Vgl. dazu insbes. Heck, AcP 112, 1 ff.; ders., Das Problem der Rechtsgewinnung
 - (3) Vgl. dazu nur Hubmann, Wertung und Abwägung im Recht, 54
 - (4) Hubmann, aaO., 56

vorliegende Arbeit soll nun gerade nicht zu einer Einzelfallentscheidung führen, sondern versuchen, eine bestimmte Problematik allgemein zu erfassen und auch zu einem entsprechenden Ergebnis zu führen. Es ist deshalb einmal notwendig, die für die Lösung des Interessenkonfliktes maßgeblichen Normen auf allgemeingültige Prinzipien hin zu untersuchen (1) und diese als generelle Wertung mit einzubeziehen. Zum anderen versteht sich von selbst, daß allgemein anerkannte Rechtspinzipien wie etwa Treu und Glauben etc. ebenfalls zu berücksichtigen sind, soweit sie nicht schon in einer konkret anwendbaren Norm mit enthalten und von daher zu beachten sind. Damit wird neben dem Interesse auf die für die Normbildung maßgeblichen sonstigen Elemente abgestellt (2), daraus werden dann die angesprochenen Bewertungsprinzipien abgeleitet. Diese wirken wiederum wie eine normative Kraft auf die Interessenabwägung ein. Es ist von daher zwischen den eigentlichen Interessen und den Bewertungsprinzipien zu unterscheiden, also eine teleologisch-normative Interessenabwägung (3) vorzunehmen. Zusammengefaßt bedeutet das, daß die für den vorliegenden Sachverhalt maßgeblichen Bewertungsprinzipien oder normativen Wertungen den festgestellten Interessen gegenüberzustellen sind und dann die beteiligten Interessen, denen so Vorzug zukommt, miteinander verglichen und gewichtet werden. Gerade diesem Schritt kommt als "Güterabwägung" (4) besondere Bedeutung zu, wenn die widerstreitenden Interessen nach normativer Bewertung als im gleichen Maße schutzwürdig anzusehen sind.

Demnach sollen nun folgende Schritte unternommen werden: das Herausstellen der jeweiligen Interessen der Beteiligten, ihre Einordnung unter Berücksichtigung normativer Wertungen sowie die Gewichtung.

(1) Vgl. Reinhardt, Richter und Rechtsfindung, 17 f.

(2) Reinhardt, aaO., spricht insoweit von "Ordnungsgesichtspunkten"

(3) Hubmann, Wertung und Abwägung im Recht, 59

(4) Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, 392 ff.

b) Feststellung der Beteiligten

Als Beteiligte stehen schon von der Aufgabenstellung her die Gründer und die Geschäftsführer der Vor-GmbH fest. Die Gläubiger der Vorgesellschaft kommen notwendigerweise hinzu, da es ausschließlich um Haftungsfragen geht, die aus Rechtsgeschäften zwischen Vor-GmbH und Dritten resultieren. Hingegen sollen zum einen erst später zur Vor-GmbH hinzukommende Gesellschafter außer Betracht bleiben. Unabhängig von der Frage - die hier auch nicht entschieden werden soll -, ob diese neuen Gesellschafter für eine bereits vor ihrem Eintritt begründete Verbindlichkeit im Rahmen der Gründerhaftung einzustehen haben, gehen ihre Interessen weitgehend mit denen der ursprünglichen Gründer konform. Außerdem ist der Fall des Beitritts eines neuen Gesellschafters zur Vor-GmbH recht selten, in den einschlägigen BGH-Entscheidungen wurde dieser Fall nicht entschieden. Zum anderen sollen auch die Gläubiger der eingetragenen GmbH nicht mit einbezogen werden. Die Fragestellung dieser Untersuchung beschränkt sich bereits auf die Vor-GmbH, so daß die Interessen dieses Gläubigerkreises unberücksichtigt bleiben müssen. Außerdem kommt noch hinzu, daß diesen Gläubigern - zumindest mittelbar - die vom BGH anerkannte Differenzhaftung zugute kommt. Ihnen steht damit auf jeden Fall das volle Kapital der GmbH zur Verfügung.

c) Dauer der Gründungsphase

Die Fragestellung dieser Untersuchung würde sich erübrigen, wenn die Gründungsphase, also die Zeit zwischen Feststellung der Satzung in der vorgeschriebenen Form und der Eintragung der GmbH, sehr kurz wäre. Dann würde sich, entsprechend der vom BGH aufgestellten Grundsätze, jede Verbindlichkeit der Vor-GmbH binnen kurzer Zeit zu einer solchen der entstandenen GmbH umwandeln. Für eine Gründerhaftung und eine Haftung aus § 11 II GmbHG wäre ab diesem Zeitpunkt kein Raum mehr, insbesondere weil diese dem BGH zufolge mit der Eintragung enden.

Die Wirklichkeit sah (1) und sieht indessen anders aus. Zwar erscheint es denkbar, daß die gewünschte Eintragung sofort nach der Anmeldung vollzogen werden kann, nämlich wenn alle erforderlichen Unterlagen gleich beigebracht wurden. Die Praxis zeigt aber, daß dies unwahrscheinlich ist. Außerdem muß in diesem Zusammenhang auf die Prüfungspflicht des Registergerichts hingewiesen werden, wie sie nunmehr auch in § 9 c GmbHG niedergelegt ist. Diese Prüfung erstreckt sich nicht nur auf die Formalien der Gründung, sondern auch auf die sachlichen Voraussetzungen (2), so etwa der BGH-Entscheidung zufolge (3) auch darauf, ob das Anfangskapital der GmbH durch Schulden vorbelastet ist. Diese umfangreiche Aufgabe verzögert die Eintragung zwangsläufig. Es kann daher von einem Zeitraum von durchschnittlich mehreren Monaten zwischen Satzungsfeststellung und Eintragung ausgegangen werden, so daß die aufgeworfene Frage eine starke Berechtigung hat.

Der Verzicht auf eine Eintragung soll nicht mit in die Betrachtung einbezogen werden. Denn man kann dann nicht mehr von einer Gründungsphase im eigentlichen Sinne sprechen. Entweder wird auf den ins Auge gefaßten Geschäftsbetrieb ganz verzichtet, oder der Betrieb muß rechtlich anders eingestuft werden, jedenfalls nicht mehr als Vor-GmbH (4). Deshalb gehört dieser Aspekt nicht unmittelbar zu der hier zu untersuchenden Frage.

(1) Vgl. Dregger, Haftungsverhältnisse, 14 m. w. N.

(2) Rob. Fischer, § 9 c GmbHG, Anm. 1

(3) Urteil vom 9.3.1981, Leitsatz 4, Entscheidungsgründe 2 d

(4) Vgl. Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 14; Rob. Fischer, § 11 GmbHG, Anm. 2 f.

2. Interessen der Gründer

a) Abgeleitet aus der Wahl der Rechtsform

Die möglichen Interessen der Gründer lassen sich zum einen aus der Wahl der GmbH als Betätigungsform ableiten. Dies gilt sowohl im Hinblick auf eine "reine" GmbH als auch auf eine GmbH & Co. KG. Zwar tendierte der Gesetzgeber bei der Schaffung des GmbHG zu einer Art "kleinen Aktiengesellschaft", obwohl die seinerzeit dazu befragten kaufmännischen Organisationen sich eher für eine Personengesellschaft mbH ausgesprochen hatten (1). Jedoch zeigte es sich, daß die Rechtsform der GmbH häufig gerade für personalistisch geführte Unternehmen mit kleinem, geschlossenem Gesellschafterkreis verwendet wurde, das Leitbild des historischen Gesetzgebers sich also nicht durchsetzte (2). Denn die weitgehende Gestaltungsfreiheit für das Innenverhältnis und die beschränkte Haftung im Außenverhältnis bei der GmbH kommt dem ursprünglichen Leitbild einer Personengesellschaft mbH relativ nahe. Das Interesse an unternehmerischer Tätigkeit mit beschränktem Kapitalrisiko auch einer geschlossenen Personengruppe läßt sich also ohne weiteres über die Wahl der Rechtsform einer GmbH realisieren. Hinzu kommt, daß die GmbH nicht nur für ein Handelsgewerbe in Betracht kommt, sondern für jegliche Art von Unternehmen, wie § 1 GmbHG zeigt. Darüber hinaus spielen noch steuerrechtliche Aspekte bei der Wahl der Gesellschaftsform, insbesondere bei der GmbH & Co. KG eine wichtige Rolle. Solche können hier aber von vornherein außer Betracht bleiben, da davon die zu untersuchenden Fragen der Haftung überhaupt nicht berührt werden. Festzuhalten bleibt demnach, daß die Gründer schon von der Wahl der Gesellschaftsform her ihr Interesse an einer geschäftlichen Tätigkeit ohne großes Kapitalrisiko und ohne eigenes Haftungsrisiko zum Ausdruck bringen.

(1) Vgl. Schilling in Hachenburg, Einleitung, Rdnr. 12, 13

(2) Schilling in Hachenburg, Einleitung, Rdnr. 15

b) Interessen in der Gründungsphase

Oben wurde bereits festgestellt, daß die Gründungsphase in der Regel einige Zeit andauert. In diese Zeit fallen auch die notwendigen Leistungen der Bareinlagen. Diese müssen gemäß § 7 II 1 GmbHG vor der Anmeldung geleistet sein. Von diesem Zeitpunkt an bis zur tatsächlichen Eintragung vergeht aber, wie oben ebenfalls schon dargestellt, aufgrund der registergerichtlichen Prüfung nochmals einige Zeit; in dieser ruht das Barkapital an sich ungenutzt. Es liegt daher im Interesse der Gründer, dieses Kapital möglichst bald in irgendeiner Form zu aktivieren, alles andere ist aus der Sicht von Geschäftsleuten als wirtschaftlich unvernünftig anzusehen.

Auf der anderen Seite bedarf die Aufnahme eines Geschäftsbetriebes gewisser Vorbereitung, dieser kann nicht von heute auf morgen voll am Wirtschaftsleben teilnehmen. Die Gründer sind also in aller Regel auch daran interessiert, solche Vorbereitungen möglichst frühzeitig zu treffen, um dann spätestens im Zeitpunkt der Eintragung ihrer Gesellschaft sofort voll am Geschäftsverkehr teilnehmen zu können. Das Gründerinteresse ist daher darauf gerichtet, den ins Auge gefaßten Geschäftsbetrieb ohne Verzögerung aufnehmen zu können. Andererseits entspricht es aber keineswegs ihrer Vorstellung, auf einen Termin abstellen zu müssen, den sie selbst nur wenig beeinflussen können. Von daher geht das Gründerinteresse dahin, Vorbereitung und tatsächliche Geschäftsaufnahme so eng wie möglich aneinander zu koppeln und so das zur Verfügung stehende Kapital schon im Gründungsstadium einer wirtschaftlich sinnvollen und zweckmäßigen Verwendung zuzuführen. Es liegt auf der Hand, daß es sich dabei nicht nur um eine solche Verwendung handelt, die als allein zur Gründung notwendige bezeichnet werden kann.

Andererseits ist auch schon im Gründungsstadium das oben herausgestellte Hauptmotiv für die Wahl der Gesellschaftsform zu berücksichtigen. Das Interesse der Gründer an beschränkter

Haftung besteht auch in der Gründungsphase. In diesem Zusammenhang ist auch noch zu berücksichtigen, daß die mit der Satzungsfeststellung entstandene Einlageverpflichtung eine Kapitalzusage darstellt, die die Aufbringung des späteren Garantie- und Haftungskapitals der entstandenen GmbH gewährleisten soll. Von daher könnte man daran denken, daß die Gründer nur ein Interesse an einer beschränkten persönlichen Haftung haben. Ob das dann tatsächlich vertretbar ist, ist aber nur unter Berücksichtigung der rechtlichen Wertungen zur Kapitalaufbringung zu entscheiden. Dies soll jedoch erst nach Feststellung der einzelnen Interessen und Hervorhebung des möglichen Konflikts geschehen. Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß die Gründer bereits im Gründungsstadium an einer möglichst weitgehenden Freistellung von einer persönlichen Haftung interessiert sind, zumal schon ein gewisses Gesellschaftskapital aufgrund der Mindeseinzahlungsverpflichtung besteht. Insoweit ist zugleich ihr Interesse, der Gesellschaft das notwendige Betriebskapital zur Verfügung zu stellen, hervorgehoben. Ohne dieses wäre eine wirtschaftliche Betätigung und ein persönlicher Haftungsausschluß gar nicht denkbar.

Es ist noch darauf hinzuweisen, daß gerade bei einer eher personalistisch strukturierten GmbH Gesellschafter vorhanden sein können, die aktiv in der Gesellschaft tätig sind und auch eine Organfunktion ausüben, während andere Gesellschafter nur kapitalmäßig beteiligt sind. Diese haben möglicherweise fast keinen Einfluß auf die Geschicke der Gesellschaft. Ihr Interesse zumindest an einer weitgehenden Einschränkung ihrer persönlichen Haftung bzw. gar an einer Haftungsfreistellung liegt daher auf der Hand. Um das zu erreichen, erscheint es sogar vertretbar anzunehmen, daß die rein kapitalmäßig beteiligten Gründer möglicherweise kein Interesse an einer vorzeitigen Geschäftsaufnahme haben, diese gerade ausschließen wollen. Ob das tatsächlich vertretbar ist, soll

aber ebenfalls erst später entschieden werden (1).

3. Interessen der Geschäftsführer

a) Geschäftsführer identisch mit Gründer

Soweit es sich um eine personalistisch strukturierte GmbH handelt, sind häufig ein oder mehrere Gründer zugleich als Geschäftsführer eingesetzt, diese vertreten auch die Vor-GmbH (2). In diesen Fällen kann weitgehend auf die bereits dargestellten Interessen der Gründer verwiesen werden, als Geschäftsführer setzt der jeweilige Gründer diese Interessen in die Wirklichkeit um. Auch als Geschäftsführer ist ein Gründer daran interessiert, von einer persönlichen Haftung möglichst freigestellt zu werden. Was die mögliche Handlungshaftung angeht, so kann auf die Interessenlage bei einem Fremdgeschäftsführer abgestellt werden. Diese soll nun dargestellt werden.

b) Interessen der Fremdgeschäftsführer

Im Gründungsstadium wird zwischen einem Fremdgeschäftsführer als quasi Außenstehendem und den Gründern häufig eine gewisse Distanz bestehen, es besteht kein derart enges Vertrauensverhältnis wie etwa bei einer personalistisch strukturierten Gesellschaft. Von daher werden die Fremdgeschäftsführer darauf bedacht sein nichts zu tun, was den Interessen der Gründer zuwiderläuft oder wozu nicht einmal ein Auftrag besteht. Eine Ausnahme kann nur im Hinblick auf die gründungsnotwendigen Geschäfte angenommen werden, diese sind von den Geschäfts-

(1) Vgl. unten bei 5.

(2) Vgl. statt aller Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 7

führern kraft Gesetzes durchzuführen. Für alle anderen Geschäfte muß aber das eben Gesagte gelten.

Dies ergibt sich ferner daraus, daß sich die Geschäftsführer zumindest bei Handeln ohne entsprechenden Auftrag oder Genehmigung selbst haftbar machen können, sei es nach den Regeln über die Vertretung ohne Vertretungsmacht, sei es nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Das Bestreben und Interesse der (Fremd-)Geschäftsführer wird also darauf gerichtet sein, einer persönlichen Inanspruchnahme aus dem Weg zu gehen. Sollte das etwa wegen der Haftung aus § 11 II GmbHG nicht möglich sein, so sind die (Fremd-)Geschäftsführer daran interessiert, im Falle einer Inanspruchnahme bei denen Rückgriff nehmen zu können, denen die Haftung der Geschäftsführer zugute kommt, da diese möglicherweise die eigentlichen Verantwortlichen für die fragliche Tätigkeit sind.

Dies alles läßt sich am ehesten durch ein Verhalten realisieren, das am Gründungsvorgang und den damit verbundenen Akten, den Gründerabsichten sowie dem Wohl der zukünftigen GmbH orientiert ist. Nicht zuletzt dürften die Geschäftsführer auch daran interessiert sein, die für sie unsichere und unter Umständen riskante Gründungsphase so schnell wie möglich zu durchlaufen und die Eintragung alsbald herbeizuführen.

4. Interessen der Gläubiger

a) Beschränkung auf Gläubiger der Vor-GmbH

Wie schon bei den Gründern muß auch bei den Gläubigern, deren Interessen festgestellt werden sollen, eine Begrenzung der möglichen Beteiligten durchgeführt werden. Bereits von der Fragestellung her müssen diejenigen Gläubiger ausscheiden, die erst mit der eingetragenen GmbH kontrahiert haben.

Nun könnte man zwar daran denken, daß dieser Gläubigerkreis wegen des entfallenden Vorbelastungsverbot es unmittelbar dann doch tangiert ist, wenn das mögliche Haftungskapital der GmbH durch Vorbelastungen verbraucht worden ist. Dabei würde aber die mögliche Differenzhaftung außer Acht gelassen. Wenn dies auch bereits zur Frage der normativen Wertung gehört, so soll sie ausnahmsweise vorgezogen werden, um von vornherein zu einer sinnvollen Begrenzung der beteiligten Interessen zu gelangen, die überhaupt erst einmal festzustellen sind.

Der BGH hat eine Differenzhaftung auch bei Bargründungen bejaht, die Literatur ist dem, soweit ersichtlich, fast ausnahmslos gefolgt (1). Da die Differenzhaftung in Verbindung mit § 9 GmbHG nun für alle Gründungsarten anerkannt und so eine Sicherung der Kapitalaufbringung auf jeden Fall gewährleistet ist, kann von einer ausreichenden Sicherung der Gläubiger der eingetragenen GmbH ausgegangen werden. Ob dabei eine etwaige Pfändung und Überweisung der Differenzforderung, die der GmbH zusteht, zugunsten dieser Gläubiger in Betracht zu ziehen ist (2), braucht hier nicht entschieden zu werden. Festzuhalten bleibt demnach, daß die Interessen der "zukünftigen" Gläubiger nicht in die Untersuchung einzubeziehen sind, da insoweit ausreichende Sicherung vorhanden ist.

b) Die Interessen in einzelnen

Da die Vor-GmbH noch nicht über ein einer Kontrolle unterworfenem Kapital verfügt, das aufgrund § 7 II 1 GmbHG auch nur

(1) Der BGH folgt in seiner Entscheidung Vorschlägen von Ulmer, FS für Ballerstedt, 292 ff. Jetzt ebenso K. Schmidt, NJW 1981, 1346; Flume, NJW 1981, 1754; John, BB 1982, 510 f.; Rob. Fischer, § 11 GmbHG, Anm. 4. Dabei wird verschiedentlich Kritik an einzelnen, vom BGH aufgestellten Voraussetzungen geübt (z.B. maßgeblicher Zeitpunkt und rechtliche Grundlage), was aber im Ergebnis nichts an einer allgemeinen Bejahung der Differenzhaftung dem Grunde nach ändert.

(2) Dazu Ulmer, ZGR 1981, 611

zum Teil eingezahlt zu sein braucht, geht das Interesse der Geschäftspartner und Gläubiger der Vor-GmbH darauf, einen solventen Partner mit ausreichender Kapitalgrundlage vorzufinden. Deshalb sind die Interessen der Gläubiger einmal darauf gerichtet, daß das Vorhandensein ausreichenden bzw. des gesetzlich bestimmten Kapitals alsbald kontrolliert wird. Die Anmeldung und Eintragung soll also so bald wie möglich erfolgen. Denn zuvor können sie sich allenfalls auf Angaben der Gründer verlassen, deren Richtigkeit aber nicht von unabhängiger Seite bestätigt werden kann. Zum anderen wollen die Gläubiger für die Zeit bis zur Eintragung ebenfalls ausreichende Sicherung vorfinden. Deshalb sind sie auch zunächst daran interessiert, daß das vorgesehene oder auch schon einbezahlte Kapital nicht durch Abreden der Gründer untereinander gefährdet oder tatsächlich bereits geschmälert wird, sich die Gründer also nicht unverhältnismäßige Vorteile verschaffen. Gleiches gilt auch für das Verhältnis zwischen Gründern und Geschäftsführern, hier sollen ebenfalls keine Abreden zum Nachteil der Gläubiger getroffen werden.

Daneben sind die Gläubiger noch stark daran interessiert, neben der Vor-GmbH mit ihrem bisherigen Vermögen noch weitere Personen zu haben, auf die sie zurückgreifen können. Auf diese Weise möchten sie wegen der möglicherweise unsicheren Vermögenslage der Vorgesellschaft eine umfassende Sicherung erreichen. Daher sollten auch nach Möglichkeit nicht mehrere Personen jeweils mit Teilbeträgen, sondern eben eine oder mehrere Personen jeweils unbegrenzt haften. Die alleinige Handlungshaftung aus § 11 II GmbHG wird diesem Interesse der Gläubiger möglicherweise nicht gerecht; man denke nur an den Fall des vorgeschobenen vermögenslosen Geschäftsführers. Das Interesse der Gläubiger ist auf umfassende Sicherung über mehr als nur eine Person gerichtet.

Letztlich entspricht es auch nicht den Interessen der Gläubiger, in der Haftungsfrage etwas für sie Negatives aus dem Auftreten der Vorgesellschaft als "GmbH" herzuleiten. Damit würde sonst zu ihrem Nachteil stets der Schein einer GmbH vorgetäuscht, um so eine weitgehende Haftungsbeschränkung zu erreichen. Das kann vom Standpunkt der Gläubiger her nicht gewollt sein.

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, daß die Gläubiger eine umfassende Sicherung möglichst über mehrere Personen wünschen, d. h. über Gründer und Geschäftsführer als die für die Teilnahme der Vor-GmbH am Rechtsverkehr verantwortlichen Personen.

5. Gewichtung

Im folgenden sollen nun die sich aus den unterschiedlichen Interessen der Beteiligten ergebenden Konflikte dargestellt werden. Ferner soll die eingangs erwähnte Berücksichtigung der maßgeblichen normativen Wertungen erfolgen, um so im Ergebnis die berechtigten und damit zu berücksichtigenden Interessen feststellen zu können.

a) Die einzelnen Konflikte

Bei der obigen Darstellung der Gründerinteressen ergab sich, daß diese an einer umfangreichen vorzeitigen Geschäftsaufnahme möglichst ohne eigenes Haftungsrisiko interessiert sind. Diesem stehen die festgestellten Gläubigerinteressen an einer möglichst umfassenden Sicherung auch durch die Gründer diametral entgegen. Auch was die Sicherung vor für die Gläubiger gefährliche Abreden der Gründer angeht, besteht ein Interessengegensatz.

Wie oben ebenfalls festgestellt wurde, sind die Interessen der Geschäftsführer im Ergebnis auch auf eine Haftungsfreistellung, sei es durch Rückgriff auf die Gründer, sei es durch Ausschluß der Haftung gegenüber den Gläubigern, gerichtet. Von daher besteht hier ein doppelter Interessenkonflikt, nämlich einmal zwischen Gläubigern und Geschäftsführern, zum anderen zwischen Gründern und Geschäftsführern. Ein weiterer Konflikt zwischen Gründern und Geschäftsführern kann sich daraus ergeben, daß die Gründer einer drohenden Differenzhaftung aus dem Weg gehen wollen und deshalb eine Eintragung hinauszögern, während die Geschäftsführer eine solche Haftung nicht zu befürchten haben und auf baldmöglichste Eintragung aus sind. Dies gilt insbesondere bei einer überschuldeten Vorgesellschaft (1).

Es lassen sich demnach drei Konfliktgruppen feststellen, wobei sich aber fragt, ob nicht einzelne Bereiche oder gar Gruppen aufgrund normativer Wertungen zugunsten einzelner Beteiligter von vornherein schon entschieden sind. Dieser Frage soll nun nachgegangen werden.

b) Heranziehung normativer Wertungen

Dabei ist ebenfalls von der besonderen Situation der Vorgesellschaft auszugehen, die zwar einer entstandenen GmbH angenähert ist, aber nicht uneingeschränkt der für jene geltenden Vorschriften unterliegt (2). Insbesondere ist darauf abzustellen, ob die jeweiligen Vorschriften die Eintragung und damit die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft voraussetzen oder nicht (3). Von daher ist § 13 II GmbHG, der eine persönliche

(1) Vgl. Flume, NJW 1981, 1755

(2) Erstmals hervorgehoben von BGHZ 21, 242; mittlerweile ganz hM, vgl. statt aller Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 8; Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 2, jeweils mwN

(3) BGHZ 21, 242

Haftung der Gründer ausschließen würde, auf die Vorgesellschaft wohl nicht anwendbar. Auch vom Normzweck dieser Vorschrift her kann nichts anderes gelten (1). Denn die Beschränkung der Haftung auf ein Garantiekapital ist normalerweise aufgrund der gegebenen Normsituation nur nach vorheriger Prüfung des der Schaffung dieses Kapitals dienenden Vorgangs möglich, wie es gerade das GmbHG vorsieht (2). Anders erscheint auch keinerlei Schutz vor den Gefahren gegeben, die die noch nicht erfolgte Eintragung und Publikation der GmbH mit sich bringen, eben weil die Vermögensverhältnisse der Vorgesellschaft noch nicht überschaubar sind und kein Verlaß auf einen ordnungsgemäßen Gründungsablauf gegeben ist (3). Dieser Gesichtspunkt soll aber an geeigneter Stelle noch vertieft werden.

Die Beschränkung einer Haftung ist nun von der Gesetzeslage her nur für Ausnahmefälle vorgesehen (4). Die Interessen einzelner Gründer, die lediglich rein kapitalmäßig an der Gesellschaft beteiligt sind und daher möglicherweise die Risiken vorzeitiger Geschäftsaufnahme nicht überblicken können (5), kann nicht eine derart weitreichende Folge haben, daß das bereits angedeutete Prinzip, daß entweder ein Garantiekapital vorhanden ist oder sonst eine unbeschränkte Gesellschafter-

(1) Anders aber Dregger, Haftungsverhältnisse, 79;
v. Bismarck, Rechtsnatur, 101

(2) Vgl. dazu BGHZ 22, 240, 244; Ulmer, ZGR 1981, 612

(3) Vgl. auch Büttner, Identität und Kontinuität, 161

(4) Flume, FS für Geßler, 33

(5) Mit Hinweis auf diesen Umstand begründet aber Huber, FS für Rob. Fischer, 283 f. seine Ablehnung jeglicher Gründerhaftung. Damit stellt er m. E. zu sehr auf eine (angebliche) Schutzbedürftigkeit eines kleinen Kreises von Beteiligten ab, ohne dabei konkret auf die Strukturen und Machtverhältnisse im Gründungsstadium einzugehen. Diese Ansicht dürfte auch mit dem vom BGH postulierten Ermächtigungserfordernis für rechtsgeschäftliche Tätigkeit nicht mehr in Einklang stehen.

haftung eintritt (1), keine Gültigkeit mehr haben soll. Es ist jedenfalls im Grundsatz davon auszugehen, daß die Gründer die Risiken der Gründungsphase, damit auch des Scheiterns der Gründung, zu tragen haben.

Steht demnach zunächst fest, daß die Gründer in irgendeiner Form haften sollen, so könnte das aber durch die gesetzlich vorgesehene Haftung des Handelnden überdeckt werden. Denn es ist denkbar, daß die Handlungshaftung Vorrang vor einer etwaigen Gründerhaftung haben soll. Dies erscheint aber aus mehreren Gründen bedenklich. Einmal wird diese Annahme der in der Vorgesellschaft gegebenen Risikoverteilung nicht gerecht. Es liegt in der Hand der Gründer, eine vorzeitige Geschäftsaufnahme durch ihre Einwilligung überhaupt erst zu ermöglichen. Es liegt in ihrer Hand, durch entsprechende Satzungsgestaltung für ausreichendes Kapital zu sorgen. Es liegt in ihrer Hand, die "gefährliche" Gründungsphase durch alsbaldige Bereitstellung des erforderlichen Kapitals und aller sonstigen Unterlagen möglichst kurz zu halten. Es liegt auch in ihrer Hand, den Geschäftsführern durch entsprechende Weisungen (2) Rahmen und Richtung der vorzeitigen Geschäftstätigkeit anzugeben. Gerade in der Gründungsphase sind die Geschäftsführer also noch stark an den Willen und das Verhalten der Gründer gebunden (3). Bei einem Verstoß gegen die den Geschäftsführern aufgrund § 43 I GmbHG obliegenden Sorgfaltspflicht, die auch die Bindung an Weisungen der Gesellschafter beinhaltet (4), sind diese der Gesellschaft gemäß § 43 II GmbHG sowieso haftbar. Den Geschäftsführern darüber hinaus auch noch vorrangig das Haf-

(1) Dazu K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 120

(2) Zu solchen sind die Gesellschafter befugt, § 37 I GmbHG; vgl. auch Rob. Fischer, § 45 GmbHG, Anm. 2b

(3) Vgl. dazu auch Lieb, DB 1970, 965; Dregger, Haftungsverhältnisse, 22 spricht von Abhängigkeit

(4) Vgl. Rob. Fischer, § 43 GmbHG, Anm. 4; siehe auch unten § 4 II 2b

tungsrisiko aus zwar von ihnen ausgeführten, aber auf dem Willen der Gründer basierenden Geschäften aufbürden zu wollen, erscheint ungerecht.

Weiterhin kann nicht darauf abgestellt werden, daß die Handlungshaftung die Geschäftspartner dafür entschädigen will, daß diese auf eine ordnungsgemäß entstandene GmbH vertraut haben (1). Denn der § 11 II GmbHG stellt gerade keinen Fall einer Vertrauensschutzregelung im Hinblick auf die entstandene GmbH dar (2), hierzu dienen gerade die oben genannten Prinzipien.

Ferner erscheint es unbillig, den Geschäftsführern als Funktionären vorrangig eine Haftung aufzubürden, während die eigentlichen Gesellschaftsbeteiligten frei bleiben. Insbesondere vermag das Prinzip vom Gleichlauf zwischen Herrschaft und Haftung eine solche Annahme nicht zu rechtfertigen. Zum einen wird dieses Prinzip in einer solch allgemeinen Fassung von der hM wohl zu Recht abgelehnt (3), zum anderen kann es wegen der bereits umrissenen Machtstrukturen in der Vorgesellschaft auch nicht überzeugen. Gegen die vorrangige Haftung von Funktionären spricht indessen das Prinzip der Gesellschaftsbildung, nämlich daß Normativbestimmungen dann nicht einzuhalten und zu überprüfen sind, wenn alle oder doch zumindest ein an der Gesellschaftsbildung Beteiligter unbeschränkt haften (4). Die Geschäftsführer als Fremdorgan können unter keinerlei Umständen als "an der Gesellschaftsbildung Beteiligte" angesehen werden, damit ihre Haftung aus § 11 II GmbHG auch nicht als die dafür notwendige unbeschränkte Haftung.

- (1) So aber Huber, FS für Rob. Fischer, 276
- (2) Vgl. K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 341 mwN
- (3) Näheres unten bei § 3 II 2
- (4) Vgl. dazu Huber, FS für Rob. Fischer, 277

Letztlich ist es auch nicht gerechtfertigt, die Geschäftsführer einerseits vorrangig haften zu lassen, ihnen andererseits aber einen Rückgriffsanspruch zuzubilligen (1). In der Gründungsphase bedeutet das mangels Rechtsfähigkeit der Vorgesellschaft, daß über den Regreßweg die Gemeinschaft der Gründer und damit jeder Gründer selbst möglicherweise doch einzustehen hat. Der Umweg über die Geschäftsführer begegnet dann besonderen Bedenken, wenn diese weitgehend vermögenslos sind. Verfügt dann auch noch die Vorgesellschaft über ein zu geringes Vermögen, so läuft der Gläubigerschutz als tragendes Prinzip des gesamten Gesellschaftsrechts (2) endgültig leer.

Nach alldem ist also davon auszugehen, daß eine Gründerhaftung notwendig ist und die Haftung aus § 11 II GmbHG allenfalls dazutritt. Andererseits stellt sich die Frage, ob die Gläubiger beide Haftungsarten für sich beanspruchen können. Hierfür ist einerseits darauf abzustellen, daß den Gläubigern auf jeden Fall das bereits vorhandene Vermögen der Vorgesellschaft als Zugriffsobjekt zur Verfügung steht (3). Ihnen daneben noch zwei weitere Zugriffsmöglichkeiten zuzugestehen, hieße den Gläubigerschutz zu übertreiben. Zum anderen wäre bei dieser Frage auf die wohl geringe Risikobereitschaft der Gründer abzustellen, wie sie ja gerade in der Wahl der Gesellschaftsform GmbH zum Ausdruck kommt. Von daher wäre an einen rechtstatsächlichen Zwang in Richtung auf ein Prinzip der beschränkten Haftung für Unternehmen zu denken (4).

- (1) Dazu Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 33; Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 86; Flume, FS für Geßler, 34; K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 355
- (2) Wiedemann, JurA 1970, 445
- (3) BGHZ 80, 129, 144 mwN
- (4) So K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 118

Diese Überlegungen können aber nicht an den bereits dargelegten Grundsätzen zur Begründung eines Haftungsausschlusses vorbeigehen. Ein solcher setzt eben ein überprüftes Garantiekapital voraus (1). Solange dies noch fehlt, kann es nur durch eine entsprechende Haftung ersetzt werden. Man könnte zwar daran denken, die Vorschriften über die Kapitalerhaltung bereits auf die Vorgesellschaft anzuwenden (2). Ohne hier schon auf nähere Einzelheiten eingehen zu wollen, erscheint das aber bereits deshalb unzureichend, da gegenseitige rechtsgeschäftliche Verträge mit Dritten von diesen Vorschriften praktisch nicht erfaßt werden. Diese Art Verträge stehen aber bei der hier aufgeworfenen Haftungsfrage im Vordergrund.

Darüber hinaus ist darauf zu verweisen, daß sich die Kapitalerhaltungsvorschriften nur auf das Stammkapital, wie es satzungsmäßig festgelegt wurde, beziehen, dessen Erhaltung soll so gesichert werden. Das Stammkapital ist aber ein mehr oder weniger willkürlich festgelegter Betrag, dessen Festsetzung sich nicht allgemeingültigen Kriterien unterstellen läßt (3). Das Erfordernis eines angemessenen Stammkapitals kennt das GmbHG nicht. Ein Gläubiger vertraut aber gerade auf einen solventen Geschäftspartner, also auch darauf, daß dieser über ein dem Geschäftsbetrieb angepaßtes Kapital verfügt. Zum Schutz dieses Vertrauens sind die Kapitalerhaltungsvorschriften allein nicht ausreichend.

Eine Lösung der aufgeworfenen Fragen könnte sich aber daraus ergeben, daß man dem Vorbelastungsverbot für Fälle der Bargründung - gegebenenfalls de lege ferenda - doch Gültigkeit verschafft. Dazu muß dieses Verbot aber eine Stütze in den

(1) K. Schmidt, aaO., 345

(2) Vgl. dazu Ulmer, ZGR 1981, 611, der dies aus der Funktion der geleisteten Einlagen als Betriebskapital herleitet

(3) Vgl. Fabricius, GmbH-Rdsch 1970, 140

Vorschriften über Kapitalgesellschaften finden. Das ist nun gerade nicht der Fall. Es gibt keinen Grundsatz, daß das Kapital der Vorgesellschaft möglichst nicht mit Verbindlichkeiten vorbelastet werden soll (1). Die Grundsätze der Kapitalaufbringung und -erhaltung gebieten es nicht, ein derartiges Verbot anzunehmen. Insbesondere läßt die Anerkennung einer Differenzhaftung für die Gründer das Vorbelastungsverbot überflüssig werden (2).

Dieses Verbot würde außerdem das Interesse der Gründer an vorzeitiger Geschäftsaufnahme, wie es bereits dargelegt wurde, völlig außer Acht lassen. Dies gilt umso mehr, als daß eine vorzeitige Geschäftstätigkeit vom Gesetz nicht verboten wird. Darüber hinaus führt die Zulassung einer vorzeitigen Geschäftsaufnahme keineswegs zu einer Gefährdung von Gläubigern und ganz allgemein des Rechtsverkehrs, da auch Ansprüche gegen die Gesamthandsgemeinschaft der Gründer und damit der Gründer persönlich denkbar sind (3). Denn die Gründer haben ja an sich, wie bereits gesagt, das Kapitalrisiko aus rein im Gesellschaftsinteresse vorgenommenen Geschäften der Vorgesellschaft zu tragen (4). Das Vorbelastungsverbot vermag auch keineswegs Gläubiger der Vorgesellschaft zu schützen, wenn die entstandene GmbH die zuvor eingegangenen Verbindlichkeiten einfach durch Genehmigung übernehmen kann. Das Vorbelastungsverbot findet also nicht nur keine Grundlage im Gesetz, sein Zweck läuft den beteiligten Interessen auch insgesamt zuwider. Es ist daher kein geeignetes Mittel, die Haftungsstrukturen bei der Vorgesellschaft zu klären.

- (1) Ein solcher Grundsatz wurde von BGHZ, 53, 210, 212 aufgestellt
- (2) Vgl. dazu bereits Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 27 ff.
- (3) So schon Ulmer, FS für Ballerstedt, 293; vgl. dazu auch bei § 3 II
- (4) Ulmer, FS für Ballerstedt, 292

Aber auch de lege ferenda besteht keinerlei Bedürfnis, ein solches Verbot einzuführen. Dies wäre zum einen aus den vorgenannten Gründen rechtspolitisch verfehlt, zum anderen würde dadurch die jetzige Entwicklung des Rechts der Vorgesellschaft auf den Kopf gestellt. Denn diese Entwicklung geht nunmehr gerade den Weg weg vom Vorbelastungsverbot.

c) Ergebnis

Nach dem eben Gesagten bleibt festzuhalten, daß die eingangs aufgezeigten Konflikte letztlich auf die Frage hinauslaufen, wer für die zu Lasten der Vorgesellschaft eingegangenen Verpflichtungen aufzukommen hat. Die Möglichkeit einer Gründerhaftung steht neben der Haftung des Handelnden aus § 11 II GmbHG. Eine Ausschaltung vorzeitiger Geschäftsaufnahme im Wege eines Vorbelastungsverbotes kommt nicht in Betracht, so daß der Haftungsfrage nicht auf diese Weise aus dem Weg gegangen werden kann. Andererseits ist eine Entscheidung über die Frage nach den Haftenden unbedingt erforderlich, um einmal den Gläubigerschutz nicht zu übertreiben und diesen mehrere Zugriffsmöglichkeiten nebeneinander zu bieten und um andererseits das Haftungssystem in der Vorgesellschaft klarzustellen. Die Entscheidung steht und fällt mit einer Klärung des Verhältnisses von Gründerhaftung und Handlungshaftung. Eine mögliche Lösung dieser Frage soll sich aus der nun folgenden Untersuchung ergeben. Diese soll wiederum nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Entscheidung des BGH vom 9.3.1981 erfolgen, da sich insoweit zumindest für Teilbereiche des Rechts der Vor-GmbH eine Neuorientierung ergibt. Hier soll versucht werden, gerade diese Neuorientierung fortzusetzen.

§ 3 Gründerhaftung

I. Differenzhaftung als Ansatzpunkt

1. Problemstellung

Der BGH hat in der als Ausgangspunkt genommenen Entscheidung eine Differenzhaftung der Gründer angenommen, womit er sich bereits zuvor herausgearbeiteten Gesichtspunkten Ulmers (1) anschloß. Diese Differenzhaftung soll als "Ersatz" für das Vorbelastungsverbot fungieren, um so dem dahinterstehenden Prinzip, dem Unversehrtheitsgrundsatz, Rechnung zu tragen (2). Den genannten Ansichten zufolge soll die Differenzhaftung damit konsequenterweise erst ab Eintragung greifen können (2a), die Gründungsphase wird hiervon aber nicht erfaßt. Es kann daher zumindest ohne Berücksichtigung der folgenden Untersuchung die Situation entstehen, daß die Gründer ab Eintragung einer Haftung unterliegen, in der Gründungsphase aber nicht, wobei die erforderliche Wertdifferenz zwischen tatsächlichem Vermögen und festgelegtem Stammkapital auf rechtsgeschäftlicher Tätigkeit beruhen kann und dann auch eine rechtsgeschäftliche Haftung bestehen muß (3). Nach den bereits oben (4) erörterten Gesichtspunkten ist eine irgendwie geartete Gründerhaftung zu befürworten. Es erscheint nun in der Tat seltsam, wenn im Gründungsstadium nur eine unbeschränkte Haftung aus

(1) In FS für Ballerstedt, 294 ff.; ders. in Hachenburg, § 11, Rdnr. 27 ff.

(2) BGHZ 80, 129, 137 f.; Ulmer, aaO.; Binz, Haftungsverh., 128

(2a) Das Vorbelastungsverbot war strikt auf diesen Zeitpunkt bezogen, Verbindlichkeiten aus der Zeit vor Eintragung sollten nur unter bestimmten Umständen, die einleitend geschildert wurden (oben § 1 II 2a - c), für die eingetragene GmbH fortwirken.

(3) Auf diese Situation hat Flume, NJW 81, 1755, hingewiesen, der diese als "paradox" bezeichnet. Ihm folgend John, BB 1982, 512

(4) Unter § 2 5b

§ 11 II GmbHG Platz greifen soll und ab Eintragung dann eine Differenzhaftung der Gründer (1). Angesichts der unterschiedlichen Haftungsobjekte kann dann nicht von einer "Kontinuität" der Haftung gesprochen werden. Vollends unklar wird die Haftungssituation dann, wenn es gar nicht zur Eintragung kommt; eine Differenzhaftung kann dann nicht entstehen. Hier ist insbesondere auf den Fall hinzuweisen, daß die Gründer die Gesellschaft noch vor Eintragung liquidieren. Wenn man einmal nur auf die Differenzhaftung abstellt, hätten es die Gründer in diesem Fall allein in der Hand, ob sie überhaupt persönlich haften oder nicht. Denn eine Fortführung des Geschäftsbetriebes ohne Eintragung, was nach einhelliger Ansicht (2) zu einer uneingeschränkten persönlichen Haftung der Gründer führt, liegt dann gerade nicht vor. Eine derartige Befreiung von jeglichem mit der Gründung einer GmbH verbundenem Risiko kann aber nicht hingenommen werden. Da die Differenzhaftung eine Einstandspflicht für Risiken aus der Gründungsphase darstellt, diese Risiken aber unabhängig von der Eintragung sind, muß auch eine Einstandspflicht in der Gründungsphase selbst vorhanden sein. Die Differenzhaftung stellt sich somit als Kontinuum für eine Einstandspflicht aus Risiken der Gründungsphase dar.

Eine Kontinuität ist aber nur dann anzunehmen, wenn in der Ausgestaltung der Einstandspflicht vor und nach Eintragung Übereinstimmungen bestehen. Deshalb sind in folgenden Einzelfragen der Differenzhaftung nähere Untersuchungen anzustellen und deren Ausgestaltung festzustellen, um daraus dann Schlüsse für

-
- (1) Auf diese Konstellation weist John, BB 1982, 512 hin; vgl. auch Theobald, Vor-GmbH, 72, 127 ff.; Roth, ZGR 1984, 622
- (2) BGHZ 20, 281; 22, 240, 243; 51, 30, 32; Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 14; Kuhn, WM-Sonderbeiträge 5/56, 15; K. Schmidt, GmbH-Rdsch 73, 149; Dregger, Haftungsverhältnisse, 57 ff., 97; M. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 96 ff., unter Hinweis auf die geänderte Zweckrichtung der Vorgesellschaft

eine Haftung der Gründer im Gründungsstadium selbst ableiten zu können, soweit sich diese rechtsdogmatisch begründen lassen.

2. Rechtsnatur und Rechtsgrundlage

a) Gesetzliche Grundlage

Als gesetzliche Grundlage für die Differenzhaftung käme § 9 GmbHG in analoger Anwendung in Betracht. Eine direkte Anwendung verbietet sich wegen des ausdrücklichen Zuschnitts auf Sacheinlagen. § 9 GmbHG wurde lediglich aufgrund des von der Rechtsprechung entwickelten Verbots der Überbewertung von Sacheinlagen geschaffen (1). Der jeweilige Sacheinleger soll demnach dafür geradestehen, daß die von ihm erbrachte Sacheinlage auch wertmäßig dem Betrag entspricht, der im Gesellschaftsvertrag für sie festgelegt wurde. Die Differenzhaftung aus § 9 GmbHG trifft aber zunächst nur den einzelnen Sacheinleger (1a), nicht hingegen alle Gründer, sie ist darüber hinaus auch nur auf gegenständlich bezogene Kapitalaufbringungs-mängel beschränkt (2). Bei Bargründungen kann es eine derart gegenständliche Bezogenheit nicht geben, hier ist eine rein wertmäßige Betrachtungsweise erforderlich. Dies kommt auch darin zum Ausdruck, daß gem. § 7 III GmbHG Sacheinlagen bereits vor Anmeldung endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen müssen, also in vollem Umfang erbracht sein müssen. Für Bareinlagen gilt das nicht, hier genügt die

(1) Vgl. Rob. Fischer, § 9 GmbHG, Anm. 1, unter Hinweis auf BGHZ 68, 191, 195 f.

(1a) Außer Betracht bleibt hier die evtl. Ausfallhaftung aller Gesellschafter nach § 24 GmbHG, es soll nur die primäre Verantwortlichkeit und Haftung festgestellt werden. Im übrigen ist § 24 GmbHG das letzte Mittel zur Kapitalaufbringung, die Möglichkeiten der §§ 21 - 23 GmbHG müssen zuvor ausgeschöpft werden.

(2) Vgl. John, aaO., 510

Mindeseinzahlungen gem. § 7 II S. 1 und 2 GmbHG, der Rest steht in Form von Einlageforderungen, also wertmäßig zur Verfügung. Zwar spricht auch § 9 GmbHG vom Wert der Sacheinlage, was aber der gegenständlichen Bezogenheit dieser Haftung letztlich nicht entgegensteht. Denn diese knüpft an die mit dem Sacheinlageversprechen - das gerade nur auf einen ganz bestimmten Gegenstand bezogen ist - verbundene Kapitaldeckungszusage (1) des einzelnen Gründers an, nicht an die Zusage aller Gründer, das vorgesehene Stammkapital aufzubringen.

Aus den vorgenannten Gründen liegt es auf der Hand, bei der Differenzhaftung für überbewertete Sacheinlagen auf den Anmeldezeitpunkt abzustellen, zu diesem Zeitpunkt wird die Kapitaldeckungszusage des Gründers realisiert. Die (allgem.) Differenzhaftung für Differenzen zwischen Wert des Gesellschaftsvermögens und Nennbetrag des Stammkapitals stellt hingegen auf den Eintragungszeitpunkt ab. Wie noch näher darzulegen sein wird, ist dies der einzige der Funktion der (allgem.) Differenzhaftung oder "Unterbilanzhaftung" (2) gerecht werdende Zeitpunkt. Es besteht aber auch diesbezüglich eine Diskrepanz zum Wortlaut des § 9 GmbHG (3).

Es ist ferner zu beachten, daß der Gesetzgeber mit der GmbH-Novelle von 1980 in erster Linie solche Dinge Gesetz werden lassen wollte, die zuvor bereits von Literatur und Rechtsprechung weitgehend vorgeklärt worden waren. Anliegen des Gesetzgebers war es daher, nur bestimmte Bereiche neu oder überhaupt zu regeln, nicht hingegen eine umfassende Neugestaltung des

- (1) Dazu BGHZ 64, 52, 62, mit Hinweis auf das Verbot der Unterpariemiemission
- (2) Dieser Ausdruck findet sich bei Fleck, WM 83, 11
- (3) Hieraus knüpft hauptsächlich die Kritik an der Entscheidung des BGH an, vgl. Ulmer, ZGR 81, 603; K. Schmidt, NJW 1981, 1346; Priester, ZIP 1982, 1145; auch Theobald, Vor-GmbH, 57

GmbH-Rechts zu schaffen. Dies kommt namentlich darin zum Ausdruck, daß das Recht der Vorgesellschaft Wissenschaft und Rechtsprechung zur Klärung überlassen wurde (1). Im Hinblick darauf und unter Berücksichtigung der angeführten Gesichtspunkte wird deutlich, daß § 9 GmbHG nur den Bereich der Überbewertung einer Sacheinlage und keinen anderen Bereich erfassen soll und kann. Für die Frage einer Unterbilanzhaftung, wie sie insbesondere aus vorzeitiger Geschäftstätigkeit entstehen kann, kann diese Vorschrift nicht heranziehbar sein. Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gibt es für die Unterbilanzhaftung demnach nicht.

b) Grundsatz der Kapitalaufbringung und -erhaltung

Indessen bedarf es einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage auch nicht, wenn diese Haftung eine Stütze in allgemein anerkannten, das GmbH-Recht charakterisierenden Grundsätzen findet. Da es bei der Unterbilanzhaftung um die Frage des Stammkapitals geht, kommt der Grundsatz der Kapitalaufbringung und -erhaltung (2) als derartige Stütze in Betracht. Dazu bedarf es jedoch zuvor einer Klärung der Rechtsnatur der Unterbilanzhaftung, um dann genauer auf die relevanten Einzelaspekte des genannten Grundsatzes eingehen zu können.

aa) Instrument der Kapitalaufbringung

Es ist zunächst darauf hinzuweisen, daß Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung bei einer Kapitalgesellschaft zwar zusammenwirken, aber vom Grundsatz her zwei verschiedene Dinge

(1) BT-Drucks. 7/253, 96

(2) Die Kapitalaufbringung ist insbesondere geregelt in §§ 7, 9, 21 ff. GmbHG, die Kapitalsicherung in §§ 30 ff., 58 I GmbHG; vgl. auch Priester, ZIP 1982, 1146

sind. Die Frage nach effektiver Kapitalerhaltung kann sich erst stellen, wenn überhaupt Kapital in irgendeiner Form geschaffen wurde. Beide Komplexe unterliegen verschiedenen Anforderungen (1).

Ulmer, der als erster die Frage einer Unterbilanzhaftung anschnitt (2), stellt zunächst auf Wertungsgesichtspunkte aus der Behandlung freiwilliger Mehreinzahlungen von Bareinlagen ab (3). Diese waren nach damaliger herrschender Meinung dann und insoweit nochmals zu erbringen, wenn sie bei Eintragung verbraucht waren (4). Ulmer folgert daraus in Verbindung mit der Sicherung der Kapitalaufbringung eine anteilige Unterbilanzhaftung der Gründer wegen ihrer Verpflichtung, der Gesellschaft im Zeitpunkt der Eintragung Vermögenswerte in Höhe des Stammkapitalbetrages zur Verfügung zu stellen. Grundlage für diese Verpflichtung sei die von den Gründern übernommene jeweilige Stammeinlageverpflichtung einschließlich des Verbots der Unterpariemmission. Damit stellt Ulmer einmal auf Aspekte der Kapitalaufbringung (Stammeinlageverpflichtung in Verbindung mit dem Verbot der Unterpariemmission) ab. Die Stammeinlageverpflichtung entsteht mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages in der Form des § 2 I GmbHG. Mit diesem Zeitpunkt verpflichtet sich der Gründer, einen bestimmten Anteil am gesamten Stammkapital zu übernehmen. Das Verbot der Unterpariemmission besagt dabei, daß der Betrag der Verpflichtung betragsmäßig dem übernommenen Anteil entsprechen muß, um so die Effektivität der Kapitalaufbringung zu gewährleisten (5). Das Ver-

(1) Vgl. S. 38, FN 2

(2) In FS für Ballerstedt, 279, 292

(3) AaO., auch in Hachenburg, § 11, Rdnr. 28

(4) Dies beruhte auf der Annahme einer gegenständlichen Vermögensaufbringung (vgl. zum Begriff Wiedemann, JurA 1970, 449), wie insbes. in BGHZ 37, 75, 78 = LM Nr. 13 zu § 11 GmbHG mit Anm. Fischer; siehe auch Ulmer, FS für Ballerstedt, 292, mit Nachweisen zu dieser Ansicht in FN 59

(5) Vgl. dazu Lutter, Kapitalsicherung und -erhaltung, 158 f.

bot der Unterpariemmission ist also ein Instrument der Kapitalaufbringung, es soll gewährleisten, daß die vorgesehenen Kapitalmittel der Gesellschaft auch in vollem Umfang zur Verfügung gestellt werden. Wird ein Anteil unter dem Nennbetrag ausgegeben, so wird der Gesellschaft eben nicht das volle Kapital zur Verfügung gestellt, es ist die Kapitalaufbringung betroffen.

Wenn Ulmer nun andererseits darauf abstellt, daß die Vermögenswerte im Zeitpunkt der Eintragung zur Verfügung gestellt werden, so ist dies bereits ein anderer Gesichtspunkt als der zuvor erörterte (1). Man kann deshalb zunächst von einer Garantie der Gründer, die sich auf den Zeitpunkt der Eintragung bezieht, sprechen (2). Damit ist aber keineswegs gesagt, daß diese Garantiehftung einen Teil der Kapitalaufbringung darstellt. Dies wäre dann der Fall, wenn die Kapitalaufbringung an den Eintragungszeitpunkt gekoppelt wäre. Das erscheint indessen fraglich. Die Verpflichtung zur Kapitalaufbringung entsteht, wie bereits ausgeführt, mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages. Das GmbHG selbst regelt einen Zeitpunkt für die Kapitalzufuhr bei Gründungen nur in § 7 II. Danach müssen die geforderten Mindesteinlagen vor Anmeldung bewirkt sein, hier ist also der Anmeldezeitpunkt maßgeblich. Gleiches gilt, wie bereits dargelegt, für die Haftung aus § 9 GmbHG. Über einen sonstigen Zeitpunkt zur Kapitalzufuhr bei Gründungen besagt das GmbHG nicht. Es obliegt dem Gesellschaftsvertrag bzw. einem Gesellschafterbeschuß, hier einen Zeitpunkt zu bestimmen. Das eigentliche Anfangs- oder Startkapital aus Mindeseinzahlung und Resteinlageforderungen muß nur bei Anmeldung aufgebracht sein. Unter Berücksichtigung dessen, daß die Resteinlageforderungen oftmals gar nicht einbezahlt und nur in der

(1) M. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 127; wie Ulmer auch Binz, Haftungsverh., 128

(2) M. Scholz, aaO.

Bilanz entsprechend ausgewiesen werden (1), verbleibt es für die Kapitalaufbringung bei diesem Zeitpunkt. Auch bei späterer Einzahlung handelt es sich dann nicht mehr um eine ursprüngliche Kapitalaufbringung, da die entsprechenden Forderungen bereits wertmäßig als Kapital erfaßt waren. Bei späterer Einzahlung wandelt sich der Kapitalposten Forderung in den Kapitalposten Barvermögen um. Demnach bleibt festzuhalten, daß die Aufbringung des Anfangskapitals, und nur dessen, spätestens zum Anmeldezeitpunkt erfolgt ist. Es sei darauf hingewiesen, daß dies nichts damit zu tun hat, ob die Gründer damit ihrer gesamten Einlageverpflichtung vollständig nachgekommen sind. Diese Frage soll an anderer Stelle nochmals aufgegriffen werden.

bb) Instrument der Kapitalerhaltung

Dies gilt auch für die Haftung aus der Garantiezusage der Gründer, der Gesellschaft im Zeitpunkt ihrer Entstehung Vermögenswerte in Höhe des Stammkapitals zur Verfügung zu stellen. Denn diese Zusage besagt letzten Endes, daß die Gründer für die Erhaltung des Anfangskapitals bis zur Eintragung geradestehen.

Steht demnach fest, daß die Aufbringung des Anfangskapitals - ich möchte dies einmal als primäre Kapitalaufbringung bezeichnen, im Gegensatz dazu die spätere Einzahlung als sekundäre Kapitalaufbringung - zum Anmeldezeitpunkt abgeschlossen ist, so ergibt sich daraus, daß alle kapitalbezogenen Sicherungsmaßnahmen ab diesem Zeitpunkt der Kapitalerhaltung dienen.

(1) M. Scholz, aaO., 122

(1) Kapitalsicherungsvorschriften

Wie oben auf Seite 38, Fußnote 2 bereits herausgestellt, enthält das GmbHG einige Vorschriften über die Kapitalerhaltung. Es stellt sich angesichts des soeben gewonnenen Ergebnisses die Frage, ob diese Vorschriften bereits im Gründungsstadium anwendbar sind und sich von daher die Anerkennung einer Unterbilanzhaftung vielleicht erübrigt (1). Dem Gesetz selbst läßt sich eine Antwort nicht entnehmen. Jedoch ist hierzu das Prinzip heranziehbar, wonach auf die Vorgesellschaft alle GmbHG-Vorschriften anwendbar sind, soweit nicht die Eintragung vorausgesetzt wird (2). Die Vorschriften über die Kapitalerhaltung knüpfen daran nicht an, ihr Sinn und Zweck entfaltet im Gegenteil bereits dann Wirkung, wenn ein Kapital, das dem Schutz Dritter dienen soll (3), einmal aufgebracht worden ist (4). Es wurde aber bereits festgestellt, daß die vorhandenen Kapitalsicherungsvorschriften nur auf bestimmte Fälle zugeschnitten sind. Die §§ 30, 31 GmbHG erfassen nur Zahlungen an die Gesellschafter, im Gründungsstadium also an die Gründer. Zwar müssen solche Zahlungen nicht unmittelbar an einen Gesellschafter erfolgen, es genügt Leistung auf Rechnung eines Gesellschafters (5). Jedoch genügt für die §§ 30, 31 GmbHG in keinem Fall eine Zahlung an einen Dritten, wie sie sich aber gerade aus Rechtsgeschäften der Vorgesellschaft ergeben. Auch die §§ 32a, 32b GmbHG sind auf eng umgrenzte Fälle zugeschnit-

(1) So Priester, ZIP 1982, 1150

(2) Vgl. statt aller Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 8 u. 9 mit umfangreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur

(3) Der Gläubigerschutz ist zentrales Anliegen der Schaffung des Haftungsfonds, dieser ist notwendig als Ausgleich für die Haftungsbeschränkung; vgl. Theobald, Vor-GmbH, 87 ff.

(4) So im Ergebnis auch Priester, ZIP 1982, 1148; Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 9

(5) Vgl. Rob. Fischer, § 30 GmbHG, Anm. 4

ten, greifen mithin nicht bei gewöhnlichen Rechtsgeschäften. Dem Anliegen, das einmal aufgebrachte Anfangskapital bis zur Eintragung wertmäßig zu erhalten, können die vorhandenen Kapitalsicherungsvorschriften bei gewöhnlichen Rechtsgeschäften im Rahmen der Geschäftstätigkeit also nicht gerecht werden.

(2) Unversehrtheitsgrundsatz

Es fragt sich aber, ob das geschilderte Anliegen überhaupt haltbar ist. Das ist dann der Fall, wenn dem Eintragungszeitpunkt keine oder nur geringe Bedeutung zukommt und deshalb gerade für "rigorose" Haftungsfolgen (1) nicht entscheidend sein kann. Angesichts der Aufwertung der Vorgesellschaft zur Teilnehmerin am Wirtschaftsleben und Rechtsverkehr scheint die Bedeutung der Eintragung in der Tat entscheidend vermindert. Die Gesellschaft tritt nicht erst mit der Eintragung, sondern schon vorher "ins Leben". Demzufolge liegt es nahe, der Eintragung nur noch formelle Bedeutung zuzumessen (2). Diese Argumentation orientiert sich aber zu stark an einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise und berücksichtigt mit der Eintragung verbundene rechtliche Konsequenzen nur am Rande. Zunächst wird die Funktion des § 13 GmbHG nicht beachtet. Ab Eintragung ist nicht mehr die gesamthänderische Personenvereinigung, sondern die GmbH Trägerin des Gesellschaftsvermögens. Die Änderung der Vermögenszuordnung ist doch aber bedeutsam.

Ferner wird durch die Eintragung die Kontrolle der für eine GmbH-Gründung maßgeblichen Erfordernisse dokumentiert und damit die Einhaltung der für die Gründung geltenden normativen Bestimmungen. Die Kontrolle erfolgt in erster Linie im Inter-

(1) So Huber, Festschrift für Rob. Fischer, 291 ff.

(2) So Priester, ZIP 1982, 1147

esse des Rechtsverkehrs und der Gläubiger der GmbH (1); in deren Interesse erfolgt daher auch die Publikation der Eintragung. Damit wird gleichzeitig der den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfond verlautbart. Gerade dessen Verlautbarung wird aber vollkommen unsinnig und überflüssig, wenn das tatsächliche Bestehen des Haftungsfonds zum Eintragszeitpunkt gar nicht gewährleistet wäre. Dies gilt unabhängig davon, ob Dritte im Einzelfall an ein tatsächliches wertmäßiges Vorhandensein des verlautbarten Stammkapitals glauben oder nicht (2). Mit der Eintragung und der allein darauf bezogenen Publizierung wird rein objektiv dargelegt, daß die GmbH-Gründung gemäß den Gründungsvorschriften durchgeführt wurde und daß das erforderliche Anfangskapital wertmäßig vorhanden ist. D. h. mit anderen Worten, das Anfangskapital steht im Zeitpunkt der Eintragung noch unversehrt zur Verfügung. Dieses Erfordernis (3) ist auch gerechtfertigt. Eine Herabminderung des Anfangskapitals durch Verbindlichkeiten aus vorzeitigen Rechtsgeschäften ohne Ausgleich kommt einer Kapitalherabsetzung gleich (4). Eine solche ist nach GmbH-Recht aber an strenge Anforderungen gebunden, insbesondere ist dazu ein Beschluß der Gesellschafter und dessen mehrmalige Publikation gemäß § 58 Abs. 1 GmbHG erforderlich. Deshalb scheidet eine ordnungsgemäße Kapitalherabsetzung bereits im Gründungsstadium in aller Regel aus. Sonstige Möglichkeiten zur Kapitalherabsetzung kennt das GmbHG aber nicht. Auch hieraus offenbart sich also die Bedeutung der Eintragung und der mit ihr verbundenen Kontrollfunktion.

-
- (1) So die ganz hM, vgl. nur Ulmer, ZGR 1981, 612 m. w. N. in FN 88;
 - (2) Hierauf stellt aber Priester, ZIP 1982, 1148 mit ab und will darüber letzten Endes die Bedeutung der Eintragung mindern, m. E. ein sehr aussageschwaches Argument.
 - (3) Sog. Unversehrtheitsgrundsatz; BGHZ 80, 129, 136 f.; Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 28; ders. in ZGR 1981, 602; Binz, Haftungsverhältnisse, 93 f.; M. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 124; Wiedemann, Jura 1970, 454
 - (4) Darauf weist M. Scholz, aaO., zutreffend hin

Jedoch ist auf jeden Fall noch dem Anliegen des Vorbelastungsverbot es Rechnung zu tragen. Nach geltendem Recht ist die Beschränkung der Haftung auf das Vermögen der GmbH und damit deren haftungsmäßige Verselbständigung an die Eintragung gekoppelt (1). Da nun die Haftung des Gesellschaftsvermögens sonstige Haftung ersetzt, muß dieses als Garantiefonds aufgrund geltenden Rechts im Zeitpunkt der Eintragung wertmäßig in Höhe des Stammkapitalbetrages vorhanden sein. Dem kann aber nur der Unversehrtheitsgrundsatz gerecht werden. Deshalb hatte das Vorbelastungsverbot im Grunde durchaus eine Berechtigung, es wollte das tatsächliche Zurverfügungstellen des aufgebrauchten Anfangskapitals gewährleisten (2) und damit zugleich dessen Unversehrtheit.

Gegen den Unversehrtheitsgrundsatz ist vorgebracht worden, er würde rein den Eintragszeitpunkt schützen und habe daher nur punktuellen Charakter (3). Dem ist aber entgegenzuhalten, daß dieser Grundsatz das ganze Gründungsstadium durchzieht, nicht bei Eintragung überhaupt erst entsteht. Mit der Eintragung entfaltet er erst rechtliche Folgen. Der Schutzzweck des Grundsatzes entfaltet aber schon ab Aufbringung des Anfangskapitals Wirkung. Der Unversehrtheitsgrundsatz besagt von daher, daß mit dem Anfangskapital nur so verfahren und gewirtschaftet werden darf, daß es im Zeitpunkt der Eintragung nicht wertmäßig unter dem Betrag des Stammkapitals abgesunken ist. Was den punktuellen Charakter der aus dem Unversehrtheitsgrundsatz resultierenden Folgen angeht, so gilt das bei Abstellen auf einen anderen Zeitpunkt, etwa der primären Kapitalaufbringung, genauso. Dieses Argument vermag also nichts auszusagen.

(1) Deshalb will Huber, Festschrift für Rob. Fischer, 263 ff., seine Ansicht auch nur *de lege ferenda*, verwirklicht sehen; er mißt der Eintragung ähnlich geringe Bedeutung bei wie Priester, aaO., und verneint deshalb eine Differenzhaftung

(2) Im Ergebnis auch John, BB 1982, 510

(3) Priester, ZIP 1982, 1150; siehe dort auch FN 117

(3) Ergebnis

Es läßt sich somit festhalten, daß die Unterbilanzhaftung ihre Grundlage in dem Unversehrtheitsgrundsatz hat und sich daher als Instrument der Kapitalerhaltung darstellt (1). Die Unterbilanzhaftung ist kein Instrument der (primären) Kapitalaufbringung, diese ist spätestens mit der Anmeldung abgeschlossen. Die Bedeutung der Eintragung rechtfertigt es auch nicht, diesen Zeitpunkt zu vernachlässigen und daher dem Unversehrtheitsgrundsatz den Boden zu entziehen. Im übrigen wäre das System der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in diesem Fall völlig ausgehöhlt, das Risiko aus vorzeitiger Geschäftsaufnahme würde allein auf Dritte abgewälzt. Dieses Risiko haben aber aufgrund der oben dargestellten Gesetzeslage die Gründer zu tragen (2), erst für die ab Eintragung bestehenden Risiken hat nur noch die GmbH einzustehen.

3. Voraussetzungen und Umfang

Im folgenden sollen Einzelheiten der Unterbilanzhaftung etwas näher dargestellt werden, ohne jedoch hierzu eine vertiefende Diskussion zu führen. Dies erscheint mir nach den vom BGH gemachten Ausführungen und den im Anschluß daran ergangenen Literaturstimmen auch nicht erforderlich, da insoweit weitgehend Übereinstimmung besteht.(3).

(1) Vgl. Theobald, Vor-GmbH, 54; Roth, ZGR 1984, 604 in FN 38
(2) Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 29; K. Schmidt, NJW 1981, 1346

(3) BGHZ 80, 129, 137 f.; K. Schmidt, NJW 1981, 1345 f.; Flume, NJW 1981, 1753 ff.; Ulmer, ZGR 1981, 602 f.; John, BB 1982, 510 f.; Fleck, WM 1983, 10 ff.

a) Wertdifferenz zwischen festgesetztem Stammkapital und
tatsächlichem Gesellschaftsvermögen

aa) Feststellung des Gesellschaftsvermögens

Für die Feststellung, ob das tatsächliche Gesellschaftsvermögen noch dem festgesetzten Betrag des Stammkapitals entspricht, kommen zwei Möglichkeiten in Betracht. Einmal die gegenständlich bezogene Betrachtungsweise, zum anderen die wertmäßig bezogene Betrachtungsweise. Die frühere Ansicht stellte auf eine gegenständliche Vermögensaufbringung ab (1). Danach mußten alle eingebrachten Vermögensgegenstände, sei es eine Sache, sei es Geld, im Zeitpunkt der Eintragung noch gegenständlich unverändert vorhanden sein. Bei der Einbringung eines Unternehmens als Sacheinlage ergaben sich aber Probleme aus der Notwendigkeit, das Unternehmen wirtschaftlich weiterzuführen. Deshalb kam es zu der eingangs dargestellten Meinungsvielfalt über die Frage der "notwendigen Geschäfte" und der damit verbundenen Einschränkung der gegenständlichen Vermögensaufbringung. Insoweit wurde bereits auf eine wertmäßige Vermögensaufbringung abgestellt (2).

Bei den hier interessierenden Bargründungen galt diese Ansicht zunächst nicht. Diese Gründungsart läuft nun aber nicht so ab, daß die Gründer dem Geschäftsführer Geldscheine überreichen und diese dann verwahrt werden. Vielmehr werden die Einzahlungen im Bankverkehr erledigt, sie werden einem Konto der GmbH gutgeschrieben. Damit besteht aber nur eine Forderung gegen das kontoführende Bankinstitut. Von einer gegenständlichen Vermögensaufbringung kann also im modernen Geschäfts- und

(1) Der Begriff findet sich bei Wiedemann, JurA 1970, 499, unter Hinweis auf BGHZ 37, 75, 78; Rob. Fischer, Anm. zu BGH LM Nr. 13 zu § 11 GmbHG. So auch BGHZ 51, 157, 162; Kuhn, WM 1963, 979

(2) Vgl. hierzu BGHZ 45, 338, 342 und die oben in § 1 II 2.c zitierte Literatur

Bankverkehr überhaupt nicht mehr die Rede sein. Daher ist heute zurecht allein auf eine wertmäßige Vermögensaufbringung abzustellen (1), nur dies entspricht den Bedürfnissen des heutigen Wirtschaftslebens. Auch bei Bareinlagen ergibt sich nicht zuletzt infolge Inflation ein dringendes Bedürfnis, diese zumindest wertwahrend anzulegen; diese etwa einem zinsbringenden Konto gutzuschreiben (2). Es wäre auch wenig praxisgerecht, für Bareinlagen auf eine gegenständliche Aufbringung abzustellen, hingegen für Sacheinlagen auf eine wertmäßige Aufbringung. Gläubigerschutzgesichtspunkte, wie sie eingangs erwähnt wurden, sind dadurch auch nicht beeinträchtigt. Denn ob das eingezahlte Geld noch gegenständlich vorhanden ist oder ob dafür andere Vermögenswerte existieren, die u. U. sogar mehr wert sind, kann im Hinblick auf den Gläubigerschutz keinen Unterschied machen (3).

Letztlich kommt noch hinzu, daß es keinen Unterschied machen kann, ob von vornherein nur Sacheinlagen geleistet wurden oder ob mit Bareinlagen Sachwerte beschafft wurden. In beiden Fällen können Gläubiger nur auf Sachwerte zurückgreifen. Wenn das aber in einem Fall anerkannt wird, kann für den an und für sich gleichgelagerten anderen Fall nichts anderes gelten. Demnach bleibt festzuhalten, daß das Gesellschaftsvermögen dem Stammkapitalbetrag im Zeitpunkt der Eintragung wertmäßig entsprechen muß, es ist also eine rein wertmäßige Betrachtungsweise zu wählen. Für das Auslösen der Unterbilanzhaftung ist also eine wertmäßige Differenz der oben genannten Art erforderlich.

(1) Vgl. nur BGHZ 80, 129, 140 m. w. N.

(2) Auf das Bedürfnis eines Handelns vor Eintragung haben schon Feine, 194 f., und Dregger, Haftungsverhältnisse, 16, hingewiesen; anderer Auffassung noch Wiedemann, Jura 1970, 452

(3) Vgl. auch M. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 118

bb) Betroffensein des Gesellschaftsvermögens

Wurde zunächst nur festgestellt, daß eine wertmäßige Betrachtungsweise zu wählen ist, so ist nun darzulegen, wann eine für die Haftung relevante Wertdifferenz überhaupt vorliegen kann. Das ist nur der Fall, wenn das Gesellschaftsvermögen für Geschäfte der Vorgesellschaft einzustehen hat, dieses muß also - zumindest mit - verpflichtet worden sein. Es bedarf also mit anderen Worten einer Befugnis der zuständigen Organe, bestimmte oder auch jegliche Art von Geschäften zu tätigen. Ohne Einzelfragen, die noch weiter unten erörtert werden sollen, vorwegzunehmen, ist mit der nunmehr überwiegenden Auffassung (1) davon auszugehen, daß der oder die Geschäftsführer für Geschäftstätigkeit im Gründungsstadium einer insoweit übereinstimmenden Ermächtigung durch alle Gründer bedürfen. Nur Geschäfte, die im Rahmen dieser Ermächtigung liegen, wirken für und gegen das Gesellschaftsvermögen. Nicht abgestellt werden kann auf §§ 35, 37 II GmbHG mit der Folge der unbeschränkten Vertretungsmacht der Geschäftsführer bereits im Gründungsstadium (2). Diese Vorschriften sind gerade nicht mit dem Übergangscharakter und dem Zweck der Vorgesellschaft als bloßem Vorläufer und Wegbereiter der GmbH vereinbar (3) und daher nicht anwendbar. Dessen ungeachtet kann die Ermächtigung aber andererseits derart umfassend sein, daß sie den Umfang der §§ 35, 37 II GmbHG entspricht.

Wird ein Geschäft nicht von der Ermächtigung erfaßt, so bleibt es bei den Folgen der §§ 177 ff. BGB, es ist zunächst schwebend unwirksam. Insoweit ist dann auch das Gesellschaftsver-

(1) BGHZ 80, 129, 139; Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 36; ders. in ZGR 1981, 597 f.; John, BB 1982, 511; Flume, NJW 1981, 1754; K. Schmidt, NJW 1981, 1345; Fleck, WM 1983, 8 f.

(2) So aber Rob. Fischer, § 11 GmbHG, Anm. 2.c; Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 7; Binz, Haftungsverhältnisse, 144 m. w. N.

(3) Vgl. Fleck, WM 1983, 9

mögen nicht betroffen. Eine andere Frage ist die der damit verbundenen Haftung, worauf noch weiter unten einzugehen sein wird. Indessen kann das Gesellschaftsvermögen von solchen Geschäften dann doch noch betroffen werden, wenn eine Genehmigung durch alle Gründer (entsprechend der Ermächtigung) gemäß § 177 BGB erfolgt. Dann besteht kein Grund, die Verantwortlichkeit noch allein bei dem zu belassen, der ursprünglich eigenmächtig gehandelt hat; insoweit ist das Risiko übergegangen.

cc) Entscheidender Zeitpunkt

Bereits oben bei der Erörterung der Rechtsnatur der Unterbilanzhaftung wurde auf die Eintragung als für das Entstehen der GmbH wesentlicher Zeitpunkt hingewiesen. Aus der Rechtsnatur dieser Haftung als Instrument der Kapitalerhaltung sowie der Bedeutung der Eintragung folgt zwingend, daß die Haftung erst mit Eintragung der GmbH entstehen kann (1). Der Anmeldezeitpunkt als einzige denkbare Alternative scheidet aus. Zu diesem Zeitpunkt kann es bei Bargründungen schon begrifflich keine Wertdifferenz geben, da der entsprechende Nennbetrag auf einem Konto eben auch diesen Wert hat. Im übrigen wurden auf die Bedenken gegen diesen Zeitpunkt als für die Unterbilanzhaftung maßgeblichen bereits ausführlich eingegangen (2), hier kann darauf verwiesen werden. Festzuhalten bleibt demnach, daß die Unterbilanzhaftung an die erfolgte Eintragung anknüpft, zu diesem Zeitpunkt muß die Wertdifferenz zwischen tatsächlichem Gesellschaftsvermögen und Stammkapitalbetrag bestehen.

(1) Vgl. auch Theobald, Vor-GmbH, 59; Roth, ZGR 1984, 623; insoweit a. A. Schäfer-Götz, Vorbelastungsverbot, 129 ff.

(2) Oben bei § 3 I 2.b - bb

b) Umfang

Nachdem nun die Voraussetzungen für die Unterbilanzhaftung geklärt sind, ist deren Umfang zu bestimmen. Hierzu bieten sich zwei Möglichkeiten an, nämlich eine unbegrenzte und eine begrenzte Haftung. Entscheidend ist in jedem Fall, daß der Stammkapitalbetrag auf diese Weise wieder erreicht wird.

aa) Begrenzte Haftung

Oben wurde dargelegt, daß die Unterbilanzhaftung letztlich auf dem Unversehrtheitsgrundsatz beruht. Diesem Grundsatz könnte dadurch genüge getan sein, daß die Gründer im Wege der Unterbilanzhaftung ihre Einlagen allenfalls ein zweites Mal zu erbringen haben (1). Diese Ansicht läßt sich damit begründen, daß sich die Gründer in der Satzung nur zu einer höhenmäßig beschränkten Einlagenleistung verpflichtet hätten. Diese Verpflichtung könne bei einer auf das Stammkapital bezogenen Haftung nicht außer acht bleiben (2). Diese Ansicht entspricht dem, was von den Befürwortern einer beschränkten Gründerhaftung im Außenverhältnis als Argument für ihre Ansicht angeführt wird (3).

bb) Unbegrenzte Haftung

Die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals ist, wie dargelegt, wertmäßig zu betrachten, d. h. bilanzmäßig. Das bedeutet aber, daß das tatsächliche Gesellschaftsvermögen bilanzmäßig negativ werden kann. Um dann den Stammkapitalbetrag

(1) So im Ergebnis Binz, Haftungsverhältnisse, 131

(2) Binz, aaO.

(3) Vgl. etwa Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 61; Rob. Fischer, Anm. zu BGH LM-Nr. 5 zu § 11 GmbHG, BGHZ 65, 378; 72, 45; vgl. auch unten § 3 III 3.

wertmäßig wieder zu erreichen, bedarf es nicht nur einer erneuten Leistung der Einlagen, sondern auch der Leistung weiterer Beträge, um den Negativsaldo auszugleichen. Damit kann die Unterbilanzhaftung aber u. U. unbegrenzt sein, sie ist jedenfalls nicht auf den höhenmäßig beschränkten Einlagenbetrag begrenzt. Diese Ansicht würde auch der Annahme der Unterbilanzhaftung als Instrument der Kapitalerhaltung entsprechen, die Kapitalerhaltungsvorschriften kennen keine beschränkte Haftung.

cc) Stellungnahme

Der Annahme einer unbegrenzten Unterbilanzhaftung ist zuzustimmen. Wenn man bereits Kapitalaufbringung als auch dessen Erhaltung im Zeitpunkt der Eintragung einer wertmäßigen Betrachtungsweise unterstellt, so kann für die daraus eventuell resultierende Haftung für Wertdifferenzen nicht auf eine andere Betrachtungsweise abgestellt werden. Denn bei einem Negativsaldo im Gesellschaftsvermögen kann bei nochmaliger Einlageleistung aller Gründer in voller Höhe der Stammkapitalbetrag wertmäßig eben nicht erreicht werden. Die gegenteilige Ansicht führt dazu, daß die GmbH doch mit einer negativen Bilanz entsteht. Und zwar steht auf der einen Seite ein Aktivvermögen in Form von Barvermögen in Höhe sämtlicher Einlagen, auf der anderen Seite steht aber ein Passivvermögen in Höhe des Stammkapitalbetrages plus des Negativbetrages aus dem (negativen) Gesellschaftsvermögen; letzteres wäre also nicht ausgeglichen. Allein die Annahme der unbegrenzten Unterbilanzhaftung wird auch der Funktion des Stammkapitals als Garantiefonds gerecht. Aus bereits dargelegten Gründen geht es nicht an, diesen vor Eintragung wertmäßig zu mindern, ohne für Ausgleich zu sorgen. Letztlich vermag das Einlageversprechen, das der Kapitalaufbringung dient, nichts im Hinblick auf die Kapitalerhaltung selbst auszusagen.

Das Abstellen auf die Einlageverpflichtung der Gründer ist aber insoweit zu berücksichtigen, als daß die Gründer anteilig, d. h. entsprechend ihrem Anteil am Stammkapital, für Wertdifferenzen haften (1). Denn die Haftung ist auf das Stammkapital bezogen, daher müssen die Beteiligungsverhältnisse daran auch für die Haftung maßgeblich sein. Eine gesamtschuldnerische Haftung kommt demnach hier nicht in Betracht (2). Es bleibt daher festzuhalten, daß die Unterbilanzhaftung soweit geht, bis das Stammkapital wertmäßig wieder erreicht ist, sie trifft alle Gründer entsprechend ihres jeweiligen Anteils am Stammkapital.

c) Dauer

Die Frage der Dauer ist angesichts des Entstehungszeitpunktes der Unterbilanzhaftung nicht ganz richtig gestellt. Vielmehr ist hier eine etwaige Verjährung oder ein Erlöschen in Betracht zu ziehen.

Da die Haftung für fehlendes Vermögen der GmbH eingreift, muß ein Wiederauffüllen des Gesellschaftsvermögens berücksichtigt werden. Denn dem generellen Anliegen, das Vorhandensein eines dem Stammkapitalbetrages entsprechenden Vermögens, wird damit entsprochen. Daher muß sich die Haftung reduzieren bzw. sogar ganz erlöschen, wenn die bei Eintragung vorhandene Wertdifferenz anschließend wieder abgetragen wird ((3)).

(1) Einhellige Ansicht, vgl. nur BGHZ 80, 129, 130 (Leitsatz 3); Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 28; M. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 131; John, BB 1982, 510 f.; Theobald, Vor-GmbH, 71; siehe auch BGHZ 80, 182, 183

(2) M. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 131; Theobald, Vor-GmbH, 71

(3) M. Scholz, aaO., 132

Eine andere Frage ist die Verjährung. Hier empfiehlt sich eine entsprechende Anwendung des § 9 II GmbHG (1). Die im Regierungsentwurf zum GmbHG seinerzeit angestellten Überlegungen zu § 24 II RegE (2) treffen auch auf den Bereich der Unterbilanzhaftung bei Bareinlagen zu. Damit soll eine Verjährung spätestens fünf Jahre nach Eintragung der GmbH erfolgen, um auch so wegen sonst entstehender Beweisschwierigkeiten (3) die Haftung nicht fragwürdig zu machen.

4. Zustand vor Eintragung

Eingangs wurde bereits darauf hingewiesen, daß eine Diskrepanz in den Haftungsstrukturen der Vorgesellschaft entsteht, wenn vor Eintragung keine persönliche Haftung der Gründer besteht, wohl aber nach Eintragung. Die Unterbilanzhaftung stellt zwar nur eine Haftung im Gesellschaftsinnenverhältnis dar, dies ist allen Haftungsarten aufgrund Kapitalsicherungsvorschriften gemeinsam. Indessen wird man aber eine Pfändung der Forderung der Gesellschaft durch Drittgläubiger für zulässig erachten müssen (4), da diese Forderung nicht unmittelbar zu den Einlagen zu rechnen ist. Unter diesen Umständen kommt man sogar nach Eintragung zu einer persönlichen Inanspruchnahme der Gründer durch Gesellschaftsgläubiger.

Ferner wurde darauf hingewiesen, daß die Unterbilanzhaftung in erster Linie für solches rechtsgeschäftliches Handeln Gel-

-
- (1) Binz, Haftungsverhältnisse, 132; ihm folgend M. Scholz, aaO., 132; auch Fleck, WM 1983, 13; ablehnend Theobald, Vor-GmbH, 69 ff.
 - (2) BT Drucksache 7/253, 97
 - (3) Solche befürchtet Rob. Fischer, § 9 GmbHG, Anm. 4, bereits in der 5-Jahresfrist; Theobald, Vor-GmbH, 69 ff. will den Gründern eine Beweislast für volle Deckung des Stammkapitals auferlegen
 - (4) So auch Ulmer, ZGR 1981, 611; anderer Auffassung Huber, Festschrift für Rob. Fischer, 287

tung beanspruchen kann, das zu einer Unterbilanz im Zeitpunkt der Eintragung geführt hat, das also im Gründungsstadium lag. Es erscheint auch deshalb naheliegend, die Gläubiger nicht auf ein Abwarten bis zur Eintragung und nachfolgend einem Auffüllen des Gesellschaftsvermögens zu verweisen, sondern ihnen den direkten Zugriff auf die Gründer zu gestatten. Dieses Ansinnen wurde auch oben bei der Interessenabwägung herausgestellt. Die Unterbilanzhaftung würde sonst möglicherweise darauf hinauslaufen, die Entstehung einer GmbH ohne ausreichende Kapitalausstattung zu ermöglichen. Das kann aber nicht Sinn der Unterbilanzhaftung sein (1). Ein Bedürfnis für eine Gründeraußenhaftung läßt sich andererseits nicht verleugnen. Zu untersuchen bleibt aber noch, ob sich eine solche Haftung rechtlich begründen läßt oder ob es nicht bei einer Unterbilanzhaftung allein im Innenverhältnis bleiben muß. Dieser Frage soll im folgenden nachgegangen werden.

II. Rechtliche Grundlage für die Gründeraußenhaftung

1. Kein Ausschluß durch Gesetz

Auch wenn ein Bedürfnis für eine Gründerhaftung anzunehmen ist, so kann es nur rechtlich relevant sein, wenn nicht von vornherein entgegenstehende gesetzliche Gegebenheiten zu verzeichnen sind. Dies soll vorab geklärt werden.

Als gesetzlicher Ausschlußtatbestand für eine Gründerhaftung kommt nur § 13 Abs. 2 GmbHG in Betracht. Diese Norm müßte aber auf die Vorgesellschaft anwendbar sein. Anknüpfungspunkt dabei muß die Rechtsnatur der Vorgesellschaft sein

(1) BGHZ 80, 129, 143 mit Konsequenzen für die Eintragungsvoraussetzungen; Geßler, BB 1980, 1387

und damit die Frage nach dem anwendbaren Rechtsnormenkomplex. Nach heute überwiegender Ansicht (1) ist die Vorgesellschaft bereits den Regeln des GmbH-Rechts unterworfen, soweit dies nicht die Eintragung und damit die Rechtsfähigkeit voraussetzt. Auf die einzelnen Streitpunkte zur Rechtsnatur der Vorgesellschaft soll hier nicht eingegangen werden, da dies zu weit vom eigentlichen Thema wegführt. Es wird nun die Auffassung vertreten, daß § 13 II GmbHG eben nicht mit der Rechtsfähigkeit der GmbH in Zusammenhang stehe (2). Zur Begründung wird auf die Anwendbarkeit der Kapitalschutzvorschriften verwiesen (3). Oben wurde aber bereits darauf verwiesen, daß die Anwendbarkeit dieser Vorschriften allein noch nicht die Gefahr der Kapitalschmälerung bant und darüber hinaus Wesen und Bedeutung der Eintragung negiert werden. Wesen der Eintragung ist es gerade, der GmbH die Rechtsfähigkeit zu verleihen. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Zusammenhang von §§ 11 I und 13 GmbHG. Indem § 13 II GmbHG aber an die entstandene GmbH anknüpft (4), muß dessen Anwendung bereits für die Vorgesellschaft ausscheiden. § 13 II GmbHG steht eben doch mit der Rechtsfähigkeit der GmbH in Zusammenhang. Wenn nun auf die Haftung der Vorgesellschaft mit ihrem Vermögen verwiesen wird (5), so kommt diese Ansicht doch nicht an der fehlenden registergerichtlichen Kontrolle als wesentlichem Sicherungsinstrument vorbei. Wie noch zu zeigen sein wird, kommt es auf ähnlich gelagerte Fälle

(1) Den Ausgangspunkt bildete Feine, Die GmbH, 196 ff.; der BGH schloß sich dieser Auffassung ebenfalls an, BGHZ 20, 281 (zur Genossenschaft), seitdem ständige Rspr. (BGHZ 21, 242, 246; 45, 338, 347; 51, 33, 32). Zum Meinungsstand im Schrifttum vgl. statt aller Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 2; Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 7 u. 8

(2) So ausdrücklich Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 10

(3) Scholz/Winter, aaO.

(4) Vgl. Rob. Fischer, § 13 GmbHG, Anm. 1

(5) Binz, Haftungsverhältnisse, 220; ihm folgend M. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 88/89

mit einem Haftungsausschluß für Gründer nicht an, da diesen bereits Ausnahmecharakter zukommt bzw. keine Vergleichbarkeit gegeben ist. Das Privileg des Haftungsausschlusses für Gesellschafter ist, abgesehen von vertraglicher Vereinbarung, an die gerichtliche Kontrolle und an die Eintragung gekoppelt (1). Auch der Hinweis, daß ein Dritter angesichts des Gebrauchs eines GmbH-Namens nicht mit einer Haftung von Gesellschaftern rechnen dürfe (2), vermag nicht zu überzeugen. Das Erscheinungsbild nach außen ist allein nicht geeignet, rechtliche Konsequenzen im Hinblick auf die Haftung zu bewirken (3). Bezüglich der Haftung kommt es auf die rechtliche Struktur der Vorgesellschaft an, bzw. für den Haftungsausschluß der Gründer auf das ordnungsgemäße Entstehen der GmbH mit bestimmtem Garantiekapital (4). Die oben genannte Ansicht kommt im übrigen dann in Schwierigkeiten, wenn trotz der Verwendung des GmbH-Zusatzes eine darauf gerichtete Vorgesellschaft gar nicht vorliegt. Insoweit wird dann auf die Grundsätze der Rechtsscheinhaftung verwiesen (5). Dies würde nun aber gerade dazu führen, die Auftretenden dem Schein gemäß als GmbH zu behandeln; die Rechtsscheinhaftung geht nämlich nicht weiter, als wie wenn der Schein Wirklichkeit wäre (6). Damit tritt selbst in den Fällen, in denen

-
- (1) So ausdrücklich Ulmer, ZGR 1981, 612; im Ergebnis ebenso Dilcher, JuS 1966, 94; auch Roth, ZGR 1984, 614 f.; verwiesen sei in diesem Zusammenhang noch auf BGHZ 22, 244, wo die Nichthaftung von Mitgliedern eines Wirtschaftsunternehmens nur für die GmbH, AG oder eGen anerkannt wird
 - (2) Siene Dregger, Haftungsverhältnisse, 79; Binz, Haftungsverhältnisse, 220; Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 10; auch schon Feine, Die GmbH, 205 f.
 - (3) K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 319; Flume, Festschrift für v. Caemmerer, 524; verweist darauf, daß sonst die GmbH-Bezeichnung als Zauberformel angesehen werden müßte, was aber nicht angehe
 - (4) K. Schmidt, aaO.
 - (5) Huber, Festschrift für Rob. Fischer, 283, wobei aber unklar ist, was er mit dem Hinweis auf das Auftreten ohne GmbH-Bezeichnung meint. Denn in diesem Falle stellt sich das Problem einer Haftungsbeschränkung nicht
 - (6) BGHZ 12, 105, 109; 17, 13, 17; 61, 59, 66; vgl. auch Canaris, Vertrauenshaftung, 168. Allg. zur Rechtsscheinhaftung vgl. Canaris, aaO., 167 ff.

überhaupt keine Anhaltspunkte für die tatsächliche Existenz der GmbH vorhanden sind, ein Haftungsausschluß der Beteiligten ein. So verkommt die Bezeichnung "GmbH" in der Tat zu einer "Zauberformel". Daß dies aus Gründen der Rechtssicherheit nicht sein kann und darf, liegt auf der Hand. Als einziger Ausweg bleibt nur, der GmbH-Bezeichnung im Hinblick auf die Gründer keinerlei haftungsrechtliche Konsequenzen beizulegen.

Es läßt sich demnach festhalten, daß § 13 II GmbHG auf die Vorgesellschaft nicht, auch nicht analog (1) anwendbar ist. Die Vorgesellschaft ist von der entstandenen GmbH noch derart wesensverschieden, daß man nicht durchweg und insbesondere im Hinblick auf eine Haftungsbeschränkung von der gleichen Normsituation ausgehen kann.

2. Prinzip der unbeschränkten Haftung

Da nun ein Haftungsausschluß für Gründer in der Vorgesellschaft nicht anzunehmen ist, läßt sich vielleicht gerade das völlig Gegenteil belegen, nämlich eine der Natur nach unbeschränkte Haftung aufgrund eines übergesetzlichen Prinzips, das dann selbstverständlich auch für die Vorgesellschaft zu gelten hätte.

a) Die Möglichkeit eines solchen Prinzips

Die Existenz eines übergesetzlichen, d. h. ein ungeschriebenes, aber das Recht durchziehendes Prinzip der unbeschränkten Haftung bei wirtschaftlicher Betätigung ist verschiedentlich be-

(1) So insbesondere Dregger, Haftungsverhältnisse, 79;
v. Bismark, Rechtsnatur, 101

jaht worden (1). Grundlage für solch ein Prinzip war einmal das Postulat vom Gleichlauf zwischen Herrschaft und Haftung. Dieses Postulat beruht wiederum auf der Vorstellung, daß der Leiter eines Unternehmens, sei er Gesellschafter oder Inhaber, für die mit dem Unternehmen verbundenen Verlustrisiken selbst einzustehen hat (2). Der Unternehmensleiter hat danach die Verantwortung für sein Handeln zu übernehmen. Um aber überhaupt ein Verantwortungsbewußtsein zu wecken, bedürfe es der unbeschränkten Haftung (3). Ferner sei es die Machtposition, aus der heraus sich eine unbeschränkte Haftung ergeben müsse (4). Denn eine solche Machtposition verleite dazu, das Unternehmensrisiko auf Dritte, in der Regel die Gläubiger, abzuwälzen. Das führe letzten Endes zu einem Rechtsmißbrauch, dem eben im Wege der unbeschränkten Haftung zu begegnen sei (5).

Als zweite Stütze für ein Prinzip der unbeschränkten Haftung dienten wirtschaftspolitische und wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundsätze (6). Diese Grundsätze werden dabei teilweise auch zur Grundlage des Postulats vom Gleichlauf zwischen Herrschaft und Haftung gemacht. In diesem Zusammenhang wird einmal der Wettbewerbsaspekt angeführt, danach sei im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs und der Ausschaltung ungeeigneter Unternehmer eine unbeschränkte Haftung erforderlich (7). Fer-

(1) Vgl. Großmann-Doerth, DR 1939, 9 ff.; ders. in AcP 147, 1 ff.; Müller-Erbach, LZ 1936, 145 ff.; ders. in AcP 154, 29 ff.; Reinhardt, Festschrift für Lehmann II, 576 ff.; Ott, Typenzwang, 200, freilich bereits einschränkend

(2) Limbach, Normaltypen, 113

(3) Müller-Erbach, AcP 154, 343. Auch Ott, aaO., knüpft an diesen Gedanken an, wenn er von einem Prinzip der Selbstverantwortung spricht (181 ff., insbes. 183)

(4) Müller-Erbach, AcP 154, 342; ders. in LZ 1936, 147 ff.;

(5) Vgl. insbes. Großmann-Doerth, DR 1939, 11 ff.

(6) Vgl. Großmann-Doerth, DR 1939, 9 ff.; Reinhardt, aaO.; Ott, aaO., 181 ff.

(7) Großmann-Doerth, DR 1939, 11, auch in AcP 147, 17

ner wird auf gesamtwirtschaftliche Ordnungsgesichtspunkte verwiesen, wonach das Unternehmensrisiko eben derjenige zu tragen habe, der sich in Ausübung unternehmerischer Tätigkeit am Wirtschaftsleben beteilige, wobei allerdings auf das Verhältnis zwischen eingesetztem Kapital und Unternehmensrisiko gegebenenfalls Rücksicht zu nehmen ist (1). Letztlich wird über das Prinzip der Selbstverantwortung die Wirtschaftsverfassung als mögliche Grundlage einer unbeschränkten Haftung genannt (2).

Aus den vorgenannten Grundlagen des Prinzips einer unbeschränkten Haftung lassen sich zwei Funktionen dieser Haftung ableiten. Einmal soll die Sicherung der Gläubiger gewährleistet sein, indem die geschuldete Leistung erzwingbar ist und auch Kapital ersetzt wird, zum anderen soll das Verhalten des Unternehmers kontrolliert werden (3). Gerade der letzte Aspekt führt auch dazu, daß man das genannte Prinzip als wirtschaftsrechtliche Generalprävention ansehen kann (4). Diese Gedanken lassen sich auf die Vorgesellschaft ohne weiteres übertragen. Die unbeschränkte Gründerschaft würde insoweit eine Verhaltenskontrolle bewirken können, als daß diese mit der Eröffnung der Geschäftstätigkeit bis zur Eintragung der GmbH abwarten. Den Gläubigern steht in Ermangelung eines gesicherten und gewährleisteteten Kapitals ein Haftungssubjekt zur Verfügung. Dies entspräche zumindest auch den eingangs geschilderten Gläubigerinteressen. Auch die Gründerinteressen wären insoweit berücksichtigt, als daß sie nicht gehindert sind, Geschäfte im Gründungsstadium zu tätigen, eben nur unter dem Vorbehalt der unbeschränkten Haftung.

(1) Reinhardt, aaO., 589 ff., vgl. auch 593

(2) Vgl. Ott, aaO., 183, im Endergebnis zieht er diese Konsequenz jedoch nicht. Auf die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Ordnungsprinzipien hat schon Großmann-Doerth, DR 193, 11, abgestellt.

(3) Vgl. dazu K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 106, m. w. N.

(4) K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 111

b) Keine Allgemeingültigkeit dieses Prinzips

Der Annahme eines übergesetzlichen Prinzips der unbeschränkten Haftung kann jedoch nicht zugestimmt werden. Zwar liegen dem Prinzip unbestreitbar aner kennenswerte Wertvorstellungen zugrunde, solche können aber als Ausdruck rein subjektiver Empfindungen nicht zu einem allgemeingültigen Rechtssatz erhoben werden (1). Den Befürwortern dieses Prinzips ist in erster Linie vorzuwerfen, daß sie von dem zu Beweisenden selbst ausgehen, also einen Zirkelschluß durchführen (2). Damit wird aber das zu beweisende Prinzip kaum belegbar (3). Entscheidend gegen die Annahme eines solchen Prinzips sprechen zunächst die rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten. Das Auseinanderfallen von Machtbefugnissen und Haftungssubjekten ist im Gesellschaftsrecht gang und gebe, es kommt namentlich durch das Vorhandensein der AG und der GmbH zum Ausdruck. Selbst wenn man sich von der Betrachtung des geltenden Rechts löst, läßt sich die allgemeine Geltung eines Prinzips unbeschränkter Haftung nicht belegen.

aa) Keine Stütze im Wirtschaftsverfassungsrecht

Das Postulat vom Gleichlauf zwischen Herrschaft und Haftung findet keine positive Stütze im Wirtschaftsverfassungsrecht. Das Grundgesetz beinhaltet gerade keine bestimmte Marktverfassung, die Grundentscheidung des Grundgesetzes für die soziale Marktwirtschaft ist rein wirtschaftspolitischer Natur (4).

(1) Vgl. Limbach, Normaltypen, 113 ff., insbes. 116; K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 111 f., mit w. N.

(2) Diesen Vorwurf erhebt auch Limbach, aaO., 116

(3) H. P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, 273, verweist auf ein Durchsetzen mit Glaubensbekenntnissen; Wiethölter, in Aktuelle Probleme der GmbH & Co., 42, tut das Prinzip als philosophischen Wahrheitsmechanismus ab

(4) H. P. Westermann, aaO., 274

Selbst wenn man das Prinzip der Selbstverantwortung zugrundelegt, so läßt sich daraus noch nichts für das gesamte Postulat herleiten. Zwar ist Selbstverantwortung mit Selbstbestimmung eng verbunden, um zu einem sinnvollen Ganzen zu gelangen (1). Aber aus einer derart allgemeinen Verknüpfung lassen sich Schlußfolgerungen auf einen konkreten Sachverhalt kaum ziehen, dies würde den Gegebenheiten des Einzelfalles nicht gerecht. Ein letzten Endes verfassungsrechtlich verankertes Prinzip, und dies ist das Prinzip der Selbstbestimmung zweifellos, kann erst dann Ordnungsfunktion entfalten, wenn es institutionalisiert wurde, vorher kommt ihm lediglich eine wertende Funktion zu (2).

bb) Ordnungsgesichtspunkte

Aber auch wirtschaftsrechtliche Ordnungsgesichtspunkte, wie sie angeführt wurden, lassen sich nicht belegen. Was den Wettbewerbsaspekt angeht, so ist nicht zu beweisen, daß nur unbeschränkte Haftung funktionsfähigen Wettbewerb garantiert (3). Überhaupt erscheint es bedenklich, aus wettbewerbsrechtlichen Konstellationen Rückschlüsse auf Haftungsverhältnisse zu ziehen (4). Wenn in diesem Zusammenhang zugleich auf einen Auslesemechanismus verwiesen wurde (5), so gilt bei Zugrundelegung beschränkter Haftung nichts anderes, dieses Argument vermag also nichts speziell für das Prinzip der unbeschränkten Haftung auszusagen. Auch ein allgemeiner Ordnungsgrundsatz im Sinne von Reinhardt (6) läßt sich dem Wirtschaftsrecht nicht

(1) Ott, Typenzwang, 183

(2) Vgl. dazu auch Ott, aaO., 183/184

(3) Ballerstedt, ZHR 128, 122; K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 117

(4) Vgl. Teichmann, Gestaltungsfreiheit, 12

(5) Vgl. S. 59, FN 7

(6) Oben S. 60, FN 1

positiv entnehmen. Die gesetzlich anerkannte Möglichkeit, Haftung durch ein Garantiekapital zu ersetzen, wird dabei außer acht gelassen. Insoweit sind Haftungsbeschränkungen und Unternehmensleitung miteinander vereinbar (1). Dem Wirtschaftsrecht läßt sich demnach vielleicht eher das Gegenteil entnehmen, was hier aber nicht vertieft werden soll.

cc) Verhaltenskontrolle

Was letztlich die gewünschte Verhaltenskontrolle durch eine unbeschränkte Haftung angeht, so ist diese ebenfalls höchst zweifelhaft. Ein generalpräventiver Wert solcher Haftung kann wohl kaum belegt werden (2). Letzten Endes ist hier auf die allgemeine Funktion jeglicher Haftung zu verweisen. Diese ist das Risiko jeglichen Wirtschaftens und daher der unternehmerischen Tätigkeit immanent. Haftung soll also das Risiko auffangen (3). Ob diese Haftung dabei auf einen bestimmten Kapitaleinsatz beschränkt oder gänzlich unbeschränkt ist, ist allenfalls zweitrangig. Jedenfalls kann von daher der Haftung keine Verhaltenskontrolle im Sinne einer Ordnungsfunktion zugesprochen werden.

c) Ergebnis

Da sich ein übergesetzliches Prinzip der unbeschränkten Haftung nicht hat belegen lassen, kann eine Gründerhaftung nur dem geltenden Recht entnommen werden. Dem genannten Prinzip kann allenfalls aufgrund aner kennenswerter Wertvorstellungen eine Korrekturfunktion zukommen, was hier aber noch nicht vertieft werden soll.

(1) H. P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, 277

(2) Ott, Typenzwang, 194; K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 117

(3) Ott, aaO., 195

3. Gesetzliche Grundlage

Im folgenden soll nun zunächst geklärt werden, ob sich ohne nähere Betrachtung der rechtlichen Struktur der Vorgesellschaft eine Einordnung einer Gründerhaftung unter Gesetzesvorschriften vornehmen läßt.

a) § 11 II GmbHG

Da hier eine Vor-GmbH untersucht wird, ist es naheliegend, zunächst auf diesbezügliche Vorschriften einzugehen. § 11 II GmbHG regelt die sog. "Handlungshaftung". Sinn und Zweck dieser Vorschrift war und ist umstritten, hierauf soll noch eingegangen werden. An dieser Stelle soll nur entschieden werden, ob die Gründer insgesamt als Handelnde anzusehen sind. Die ursprünglich herrschende Meinung faßte den Begriff sehr weit und rechnete dazu auch all diejenigen Gründer, die einer Geschäftsaufnahme vor Eintragung allgemein zugestimmt hatten (1). Legt man das vom BGH geforderte Erfordernis der Ermächtigung durch alle Gesellschafter zugrunde, so käme man aufgrund der genannten Ansicht ohne weiteres zu einer Gründerhaftung aus § 11 II GmbHG. Indessen wird der Begriff des Handelnden heute nicht mehr derart weit ausgelegt. Diese Wandlung beruhte in erster Linie auf dem Funktionswandel der Vorgesellschaft und damit auf einer mittlerweile anderen Funktion des § 11 II GmbHG (2). Die Haltung in der Rspr. war zunächst nicht einheitlich. Folgte der BGH zunächst der oben genannten Ansicht (3), so beschränkte er dann aber den § 11 II GmbHG dahingehend, daß das

(1) Vgl. statt aller Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 70, 71; Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 22, jeweils m. w. N.

(2) Dazu näher unter § 4 I 1.

(3) BGH LM Nr. 6, 10 zu § 11 GmbHG

bloße Einverständnis der Gründer nicht ausreiche (1). Eine erweiterte Auslegung gab es dann aber wieder im Urteil vom 9.2.1970 (2), bevor sich dann die Rechtsprechung für einen weitgehend engen Begriff des Handelnden entschied (3). Diese Auffassung wird in dem hier zugrundegelegten Urteil des BGH bestätigt. Danach ist die Handlungshaftung eine reine Organhaftung (4). Dem ist zuzustimmen. Schon rein begrifflich ist unter "Handelndem" jemand zu verstehen, der aktiv tätig wird und nicht ein passiv Einverständener. Dies allein bewirkt zwar noch keine Begrenzung des § 11 II GmbHG auf die Organe, auch ein nicht geschäftsführender Gründer kann prinzipiell aktiv handeln. Hierin liegt aber auch nicht das Problem. Es geht vielmehr um eine generelle Gründerhaftung für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten aus vorzeitiger Geschäftstätigkeit. Solche Tätigkeit wird Dritten gegenüber in aller Regel nur durch die bereits zuständigen Organe vorgenommen, so daß ein aktives Handeln der Gründer nicht gegeben ist. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß in einer Ermächtigung bzw. einem Einverständnis der Gründer zu solcher Tätigkeit ein aktiver Einfluß auf die Geschäftsführung im Außenverhältnis zu erblicken sei (5). Entscheidend ist nämlich, daß Organhaftung und Gründerhaftung zwei verschiedene Instrumentarien sind, die zwar im Zusammenspiel stehen, jedoch nicht völlig miteinander verwoben sind (6). Eine Haftung der nicht

(1) BGH LM Nr. 15 zu § 11 GmbHG, gleich BGHZ 47, 25

(2) BGH LM Nr. 18 zu § 11 GmbHG, gleich BGHZ 53, 206

(3) BGH LM Nr. 20, 21 zu § 11 GmbHG

(4) So schon K. Schmidt, GmbH-Rdsch 1973, 151 f.; Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 72; jetzt auch Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 21; M. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 155; Rob. Fischer, § 11 GmbHG, Anm. 3.b)

(5) So aber Riedel/Raabe, NJW 1968, 875, unter Berufung auf die historische Auslegung des Art. 211 II ADHGB (S. 877), der dem § 11 II GmbHG entspricht. Diese Ansicht wird dem gewandelten Verständnis des § 11 II GmbHG indessen nicht gerecht

(6) K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 325 ff., insbes. 326; ders. in GmbH-Rdsch 1973, 151; Flume, Festschrift für Geßler, 35; M. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 154

geschäftsführenden Gründer kann demnach nicht aus § 11 II GmbHG hergeleitet werden (1). Dies wird letztlich auch durch Auslegung des Handelndes-Begriffes in § 54 S. 2 BGB untermauert, dort wird nur der unmittelbar nach außen in Erscheinung Tretende erfaßt (2). Eine weitergehende Auslegung kann demnach für § 11 II GmbHG nicht angenommen werden.

b) § 54 S. 2 BGB

Nachdem § 11 II GmbHG als Grundlage für eine Gründerhaftung ausscheiden muß, bietet sich zunächst eine Vorschrift aus dem Vereinsrecht an, da so der Struktur der Vorgesellschaft als angehende juristische Person am ehesten Rechnung getragen werden könnte. Dies gilt umso mehr, als daß die Vorgesellschaft teilweise tatsächlich als nicht rechtsfähiger Verein angesehen wurde (3). Jedoch wurde bereits darauf verwiesen, daß der dann einschlägige § 54 S. 2 BGB eng auszulegen ist und daher auf die Gründerhaftung nicht paßt. Im übrigen ist darauf zu verweisen, daß die Vorgesellschaft eben gerade nicht als rechtsfähiger Verein anzusehen ist, auch deshalb verbietet sich eine Anwendung der Vorschriften aus dem Vereinsrecht.

(1) Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 73

(2) Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 54, Rdz. 45. Der Hinweis auf die anders gelagerte Situation bei § 11 II GmbHG in Rdz. 43 dürfte angesichts der nunmehr anerkannten rechtsgeschäftlichen Verpflichtung der Vorgesellschaft hinfällig sein. Die Annahme in Rdz. 43 steht im übrigen in gewissem Widerspruch zur Ansicht bezüglich des wirtschaftlichen Vereins in Rdz. 45 a. E.

(3) Schultze-v.Lasaulx, Festschrift für Olivecrona, 605 ff.; früher schon Rud. Fischer, Ehrenbergs Handbuch III 1, 109; heute noch Baumbach-Hueck, Überbl. vor § 1 GmbHG, Anm. 2.A.

c) § 128 HGB

Verschiedentlich ist die Vorgesellschaft aber als OHG qualifiziert worden (1) oder doch zumindest als ein dem OHG-Recht unterstehendes Gebilde eingestuft worden (2), sofern sie nur bereits ein Handelsgewerbe betrieb. Jedoch steht auch dieser Ansicht die heute hM entgegen, wonach die Vorgesellschaft ein Rechtsgebilde eigener Art ist. Damit scheidet jedenfalls eine direkte Anwendung des § 128 HGB als Grundlage für eine Gründerhaftung aus. Ob eine analoge Anwendung in Betracht zu ziehen ist, entscheidet sich aber danach, auf welchem Rechtsgedanken diese Vorschrift beruht und ob dieser Rechtsgedanke dann auf die Struktur der Vorgesellschaft paßt. So setzt § 128 HGB insbesondere eine Gesellschaftsschuld voraus, mithin eine Verpflichtung eines im Sinne des § 124 I HGB verselbständigten Rechtsgebildes. Diese Frage kann nicht lapidar mit einem Hinweis auf Leitsatz 1. der hier zugrundegelegten BGH-Entscheidung beantwortet werden, da damit die Frage nach dem Ob und Umfang rechtlicher Verselbständigung der Vorgesellschaft noch nicht gelöst ist.

Ob eine Haftungsbeschränkung nach § 171 HGB in Betracht zu ziehen ist, braucht an dieser Stelle noch nicht entschieden zu werden. Denn die Haftung aus § 171 HGB orientiert sich letztlich an der aus § 128 HGB (3), so daß eine nähere Untersuchung bezüglich § 128 HGB zunächst ausreicht. Läßt sich aus § 128 HGB keine Gründerhaftung ableiten, muß aufgrund des Zusammenhanges gleiches für § 171 HGB gelten.

(1) Heymann, Iher. Jb. 75, 417 ff.; OLG Hamburg, JZ 1952, 436;

(2) Fabricius, Festschrift für Kastner, 112; wohl auch Baumbach-Heck, Überbl. vor § 1 GmbHG, Anm. 2.D.

(3) Baumbach/Duden/Hopt, § 171, Anm. 1.B.

d) §§ 714, 427 BGB

Die eben aufgeworfene Frage bedarf jedoch dann keiner näheren Klärung, wenn sich eine Gründerhaftung aus anderen Vorschriften herleiten läßt. Denn dann wäre zugleich belegt, daß es für eine analoge Anwendung des § 128 HGB kein Bedürfnis gäbe.

In Betracht kommen daher die §§ 714, 427 BGB, wenn man die Vorgesellschaft dem Recht der BGB-Gesellschaft unterstellt (1). Jedoch muß angesichts des Rechtscharakters der Vorgesellschaft die Annahme einer BGB-Gesellschaft ebenfalls abgelehnt werden (2). Für die Frage einer analogen Anwendung stellt sich aber das gleiche Problem wie bei § 128 HGB. Denn die §§ 714, 427 BGB knüpfen an die Gesamthandstruktur der BGB-Gesellschaft an (3). Es ist daher zu klären, ob die Vorgesellschaft ebenfalls Gesamthandstruktur aufweist. Daraus ergibt sich auch eine Verknüpfung zu der oben bei § 128 HGB aufgeworfenen Frage. Denn der OHG liegt die BGB-Gesellschaft zugrunde, wie sich eindeutig aus § 105 II HGB ergibt; die OHG ist eine BGB-Gesellschaft zum Betrieb eines Handelsgewerbes und ist daher in der Grundstruktur mit jener identisch.

Die aufgeworfene Frage muß damit dahingehend modifiziert werden, welche rechtliche Struktur der Vorgesellschaft zugrunde liegt und welche Rechtsgedanken sich daraus auf die Vorgesellschaft anwenden lassen. Dem soll im folgenden nachgegangen werden.

- (1) So früher das RG (RGZ 58, 55, 56; 83, 370, 373; 105, 228, 229; 151, 86, 91); Scholz, § 2 GmbHG, Rdnr. 12
- (2) So ausdrücklich BGHZ 21, 242, gleich LM Nr. 8 zu § 11 GmbHG mit zustimmender Anmerkung Rob. Fischer
- (3) Vgl. Soergel-Schultze-v.Lasaulx, Vor. § 705, Rdnr. 36, 40; § 714, Rdnr. 6

4. Die Vorgesellschaft als Gesamthand

Die Vorgesellschaft wird zuweilen im Zusammenhang mit dem Schlagwort "Gesamthandsgemeinschaft" genannt (1), konkrete Folgerungen werden daraus nicht abgeleitet. Es erscheint indessen angebracht, diesem Problem näher nachzugehen. Denn die Gründer bilden eben einen Personenverband, der erst mit der Eintragung in der juristischen Person aufgeht. Mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages besteht ein bindendes Element zwischen den Gründern, das durch die aufzubringenden Kapitalanteile sowie die Mitgliedschaftsrechte und die Mitgliedschaftspflichten gekennzeichnet ist. Von einem individuellen Nebeneinander der Gründer kann demnach nicht mehr ausgegangen werden. Die Einstufung des Gründerverbandes als Gesamthandsgemeinschaft ist von daher einleuchtend. Da aber das Gesamthandsprinzip als solches im Gesetz nicht geregelt ist, sondern nur die einzelnen Erscheinungsformen, wie etwa BGB- oder Handelsgesellschaft oder Erbengemeinschaft, bedarf es einer näheren Klärung, inwieweit es ein Grundprinzip der gesamthänderischen Personenverbindung gibt und wie sich dies auf die Vorgesellschaft anwenden läßt.

a) Das Gesamthandsprinzip

aa) Anknüpfungspunkt

Als Anknüpfungspunkt für die Erklärung des Gesamthandsprinzips kommen zum einen das Gesamthandsvermögen als rechtliche Einheit, zum anderen der Personenverband als Einheit in Betracht.

(1) Vgl. nur Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 4 u. 5

Die erstgenannte Ansicht geht von einem rechtlich verselbstständigten Sondervermögen aus, das den Gesamthändern zuzuordnen ist (1). Abgestellt wird dabei auf die Regelung des § 719 I BGB, daraus ergibt sich eine Trennung von Gesamthands- und Privatvermögen. Die gemeinschaftliche Zuordnung des Gesamthandsvermögens führt nun dazu, daß die Gesamthänder über dieses Vermögen nur noch gemeinsam bestimmen und verfügen können (2). Die Verselbstständigung des Sondervermögens ergibt sich dann aus § 738 I 1 BGB, wonach das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer BGB-Gesellschaft für deren Vermögensbestand irrelevant ist. Das Sondervermögen bewirkt es mithin erst, daß die beteiligten Gesamthänder insoweit zu einer Gemeinschaft werden. Diese Ansicht ordnet damit das Gesamthandsprinzip dem Vermögensrecht zu (3). Dennoch nimmt auch diese Ansicht eine subjektive Einordnung der Gesamthand zu ihren Mitgliedern vor, indem sie Rechte und Pflichten der Gesamthand den Gesamthändern zuordnet (4).

Die Ansicht, die vom Personenverband als Anknüpfungspunkt ausgeht, verweist darauf, daß der Gesamthand nicht nur schuldrechtliche, sondern auch organisationsrechtliche Elemente zugrundeliegen (5). Die Bildung eines Gesamthandsvermögens geht damit der Bildung des Personenverbandes (der Gesamthand) notwendig nach. Dieser Personenverband ist als kollektive Einheit anzu-

-
- (1) Hueck, Gesellschaftsrecht, 17; Huber, Vermögensanteil, 61; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, Vor. § 705, Rdnr. 37; Rob. Fischer, Großkomm. HGB, § 105, Rdnr. 31; weitere Nachweise bei Schönemann, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft, 74 ff., insbes. FN 34; aus der Rspr. vgl. nur BGH BB 1957, 131;
 - (2) So ausdr. Huber, Vermögensanteil, 61
 - (3) Wiedemann, WM-Sonderbeilage 4/1975, 27
 - (4) Soergel-Schultze-v.Lasaulx, Vor. § 705, Rdnr. 37
 - (5) Namentlich Flume, Personengesellschaft, 4; ders. schon in ZHR 136, 179; ihm folgen Rob. Fischer, ZGR 1979, 257; wohl auch Teichmann, AcP 179, 483; Ulmer in Münch.-Komm., § 705, Rdnr. 106

sehen, die in der Lage ist, Rechte und Pflichten zu haben, die sich von denen der einzelnen Mitglieder unterscheiden (1). Die Gesamthand ist damit in gewisser Weise verselbständigt, nicht nur das Gesamthandsvermögen. Auf diese Weise wird zugleich die notwendige Trennung von Gesamthandsvermögen und Privatvermögen der Gesamthänder erreicht. Eine weitere Folge dieser Ansicht ist es, daß ein Handeln im Gesamthandsbereich unmittelbar nur für die Gesamthand wirkt, nicht zugleich auch für die einzelnen Gesamthänder (2). Der einzelne Gesamthänder hat an der Gesamthandsgesellschaft lediglich Mitgliedschaftsrechte, aber keine unmittelbare Beziehung zu Rechten und Pflichten der Gesamthandsgesellschaft. Letzteres ist gerade Ausfluß des organisationsrechtlichen Elementes, das seinerseits Merkmal einer Außengesellschaft ist (3).

Dieser letztgenannten Auffassung ist zuzustimmen. Die Ansicht von der vermögensrechtlichen Zuordnung vermag nicht zu erklären, warum das später Entstandene (das Sondervermögen) das zuerst Entstandene (der Personenverband) erst begründen soll. Dieser Ansicht nach wird das Subjekt durch das Objekt geschaffen. Das erscheint aber unlogisch. In aller Regel bilden die Gesellschafter, die sich zuvor zusammengefunden haben, ein gemeinsames Kapital; das Objekt wird also durch das Subjekt geschaffen. Das organisationsrechtliche Element wird also von dieser Ansicht nahezu außer acht gelassen oder ebenfalls als vermögensrechtliches Element qualifiziert (4). Die Gesamthand ist eben gerade keine "vertraglich vereinbarte Zuständigkeit und Handlungsordnung am gesellschaftlichen Vermögen" (5), sondern

(1) Flume, Personengesellschaft, 62, im Anschluß an v. Gierke, Genossenschaftstheorie, 343

(2) Flume, Personengesellschaft, 68

(3) Flume, ZHR 136, 180 f.

(4) So z. B. Wiedemann, WM-Sonderbeilage 4/1975, 27

(5) Wieacker, Festschrift für E. R. Huber, 342

durch den Zusammenschluß aller Gesamthänder zur Erfüllung eines gemeinsamen Zweckes eine Wirkungseinheit (1), es wird also nicht für und gegen das Gesamthandsvermögen gehandelt. Nach der Ansicht von der vermögensrechtlichen Zuordnung könnte ferner keine Gesamthand vorliegen, wenn kein Sondervermögen existiert. Nun ist aber anerkannt, daß Personengesellschaften nicht zwingend über ein Gesellschaftsvermögen verfügen müssen. In einem solchen Fall, einer sog. Innengesellschaft, gibt es dann konsequenterweise keine Gesamthandsgesellschaft (2). Ob eine reine Innengesellschaft vorliegt, sollte indessen nicht allein aus dem fehlenden Gesellschaftsvermögen geschlossen werden. Vielmehr sind auch hier wieder organisationsrechtliche Elemente des Personenverhältnisses zu beachten. Sicher wird man der eben genannten Ansicht zustimmen können, wenn es sich nur um rein schuldrechtliche Beziehungen der Beteiligten handelt und eine irgendwie geartete Verselbständigung nicht gegeben ist. Entsteht aber aufgrund organisationsrechtlicher Vereinbarungen ein von den Beteiligten losgelöstes Gebilde, eben die bereits genannte Wirkungseinheit, so kann diese selbständig in Erscheinung treten und ist damit bereits als Außengesellschaft zu qualifizieren (3). Auch unter diesem Blickwinkel kommt es auf eine vermögensrechtliche Anknüpfung also nicht an. Letztlich vermag die kritisierte Ansicht auch nicht zu erklären, wie das Sondervermögen den Gesamthändern konkret zuzuordnen ist. Zwar wird auch damit die erforderliche Trennung von Gesamthands- und Privatvermögen erreicht. Jedoch sollen einmal die einzelnen Gesamthänder an den Gegenständen des Gesamthandsvermögens jeweils auf das Ganze berechtigt sein (4), zum anderen aber beschränkt durch die Berechtigung der anderen Gesamthänder. Damit bleibt

(1) Flume, Personengesellschaft, 69

(2) So z. B. H. P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, 200, m. w. N. in FN 179

(3) Vgl. dazu Flume, ZHR 136, 181 f.

(4) Vgl. nur Staudinger-Keßler, Vor. § 705, Rdnr. 43 b) und c); Rob. Fischer, Großkomm. HGB, Rdnr. 34; RGZ 65, 235

aber unklar, wem was zuzuordnen ist. Letzten Endes würde damit das Sondervermögen ohne Rechtsträger existieren, da jedenfalls die Gesamthänder als mögliche Rechtsträger wegen § 719 I BGB keine Verfügungsmacht haben. Verfügungsmacht wäre aber notwendig, um den Gesamthändern die Eigenschaft als Rechtsträger zuzubilligen (1). Damit wird aber auch deutlich, daß die Ansicht von der vermögensrechtlichen Zuordnung doch auf personenrechtliche Gesichtspunkte abstellen muß, womit dieser Ansatzpunkt eigentlich nur scheinbar eine Alternative zur verbandsrechtlichen Zuordnung darstellt. § 719 I BGB hilft auch insofern nicht weiter, da dafür ein ganz bestimmter Anteil nötig wäre (2). Indessen besagt § 719 BGB gar nichts über die Existenz von Anteilen oder gar Mitgliedschaften (3), sondern spricht nur von Vermögen als solchem, das der gesamthänderischen Bindung im Wege eines Verfügungsverbotes zugeordnet wird (4). Eine eindeutige Zuordnung von Gegenständen des Gesamthandsvermögens vermag also nur die Ansicht von der verbandsrechtlichen Zuordnung durchzuführen.

bb) Ausgestaltung des Gesamthandsprinzips

Nachdem nun der Anknüpfungspunkt für das Gesamthandsprinzip herausgearbeitet wurde, soll im folgenden allgemein die Struktur der Gesamthand näher dargestellt werden. Hierbei sollen aber nur die wesentlichen Gesichtspunkte hervorgehoben werden, soweit es für die Untersuchung notwendig ist. Ein Eingehen auf umstrittene Einzelfragen des Gesamthandsprinzips würde den Bereich dieser Arbeit verlassen und wird deshalb ausgeklammert.

(1) Hüffer, Gesellschaftsrecht, 38; vgl. auch Ulmer in Münch.-Komm., § 705, Rdnr. 109

(2) Die Existenz von Anteilen bejaht Staudinger-Keßler, Vor. § 705, Rdnr. 43 a)

(3) So Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 719, Rdnr. 2; Flume, Personengesellschaft, 71

(4) Vgl. Flume, aaO.

Anknüpfungspunkt ist nunmehr die verbandsrechtliche Betrachtungsweise, so daß sich die Gesamthand zunächst als die Gesamthänder in ihrer Verbundenheit darstellt. Indessen ist mit dieser Bezeichnung noch nicht viel gewonnen, sie wird auch von den Vertretern der vermögensrechtlichen Zuordnung angeführt (1). Es kommt also darauf an, welche Bedeutung man der Verbundenheit beimißt. Man kann nun in diesem Zusammenhang nicht darauf abstellen, daß die Verbundenheit nur im Hinblick auf das Gesamthandsvermögen besteht; dies ist gerade wesentlicher Inhalt der abzulehnenden Auffassung von der vermögensrechtlichen Zuordnung. Die genannte Verbundenheit muß weitergehend sein. Das führt dann aber zu der Frage, ob es neben der juristischen Person und der natürlichen Person noch ein weiteres Personengebilde gibt, das als eigenständiger Rechtsträger quasi auf einer Zwischenstufe zwischen diesen beiden Personen steht, eben die Gesamthand.

Zunächst ist das organisationsrechtliche Element des Gebildes zu betrachten. Darunter ist die Gestaltung des Verhältnisses der Einzelnen untereinander sowie zu den durch die Einzelnen verkörperten Gebilde zu verstehen. Rechtsbeziehungen bestehen nicht nur zwischen den Gesellschaftern untereinander, sondern auch zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern, die über eine rein vermögensrechtliche Beziehung hinausgehen (2). Wenn nun aber Beziehungen zwischen den einzelnen Gesellschaftern und sämtlichen Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit bestehen, so ist das nur denkbar, wenn die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als Einheit und nicht als Vielheit zu betrachten sind. Eine Aufspaltung solcher Beziehungen in eine Menge von Einzelbeziehungen entsprechend der Anzahl der Gesellschafter vor-

(1) Vgl. auch Flume, Personengesellschaft, 54

(2) Zu denken ist etwa an die actio pro socio, die dem Gesellschaftsverhältnis immanent ist und keinesfalls ein Vermögensrecht darstellt. Sie ist vielmehr als ein Sozialrecht, das aus der Mitgliedschaft entspringt, anzusehen; vgl. Flume, Personengesellschaft, 139 f.

zunehmen, würde jeglicher Gemeinsamkeit entgegenstehen, jegliche Organisation wäre überflüssig. Die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit sind also in der Tat als Einheit (1), als Gruppe (2) anzusehen.

Was für das Innenverhältnis gilt, muß nicht zwingend im Außenverhältnis Wirkung entfalten können. Dies ist aber naheliegend, da die Gesamthand für das Innenverhältnis Träger gemeinschaftlicher Rechte sein kann. In § 718 BGB wird nun auch die Möglichkeit einer Rechtssubjektivität der Gesamthand belegt (3). Ist eine Gesellschaft aber bereits als Außengesellschaft einzustufen, wenn auch nur im Innenverhältnis Rechtsbeziehungen und damit die Möglichkeit zu Außenbeziehungen bestehen (4), so muß die im Innenverhältnis bestehende Handlungs- und Rechtszuständigkeit auch für das Außenverhältnis wirksam sein. Bezüglich der Handlungs- und Rechtszuständigkeit ist eine Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis nicht durchzuführen. Damit könnte die Gesamthand aber schon als juristische Person anzusehen sein (5). Soweit ist die Verselbständigung aber nicht zu sehen. Denn letzten Endes bleibt die Gesamthand doch die Gruppe der in ihr vereinigten Gesamthänder, es entsteht gerade keine von den Gesamthändern völlig losgelöste, als eigenständige Person auftretende Organisation (6). Der Gesamthand kommt keine

(1) Vgl. Schönemann, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft, 147

(2) Ausdruck von Flume, ZHR 136, 181; dies wird von Wiedemann, WM-Sonderbeilage 4/1975, 27 f., scharf angegriffen, was m. E. fehlgeht, da Flume den Terminus nur zur Veranschaulichung benutzt hat (vgl. auch Flume, Personengesellschaft, 56)

(3) Schönemann, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft, 148; bereits O. v. Gierke hatte der Gesamthand Rechtsfähigkeit zugesprochen (Deutsches Privatrecht I, 682)

(4) Vgl. Flume, ZHR 136, 181; Ulmer in Münch.-Komm., § 718, Rdnr. 6

(5) Auf diese Gefahr weist Teichmann, AcP 179, 480, zutreffend hin

(6) Flume, Personengesellschaft, 89

eigenständige Rechtsfähigkeit zu wie einer Einzelperson, insoweit rückt doch die Personengruppe in den Vordergrund. Die Fähigkeit der Gesamthand, Träger von Rechtsbeziehungen zu sein, besteht nur im Hinblick auf einen bestimmten Zweck, nicht allumfassend. Insoweit könnte man durchaus von einer Teilrechtsfähigkeit der Gesamthand sprechen (1). Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß die Gesamthand selbständiger Rechtsträger sein kann, ohne daß sie als juristische Person zu qualifizieren ist. Damit setzt man sich auch nicht in Widerspruch zu §§ 718 BGB, 736 ZPO. Beide Vorschriften sind durchaus unter dem Blickwinkel zu verstehen, daß die Gesamthand eben keine von den Gesamthändern völlig losgelöste Organisation ist. Diese Vorschriften tragen dem Rechnung, daß die gesamthänderischen Beziehungen der Gesellschaft solche der Gesellschaft als Gruppe sind (2). Was den § 736 ZPO angeht, so erklärt sich dessen Inhalt weiterhin daraus, daß die Gesamthand wegen der fehlenden vollen Rechtsfähigkeit nicht Partei im Zivilprozeß sein kann (3), es sei denn, das Gesamthandsprinzip erklärt für eine bestimmte Ausgestaltungsförm eine besondere gesetzliche Regelung (4). Die Gesamthand kann somit als "solche" am Rechtsverkehr teilnehmen, Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen (5).

- (1) Flume, Personengesellschaft, 90 f.; Hüffer, Gesellschaftsrecht, 38; Ulmer in Münch.-Komm., § 705, Rdnr. 111; zum Begriff Teilrechtsfähigkeit allg. Fabricius, Relativität, 117 ff.
- (2) Vgl. auch Flume, Festschrift für Harry Westermann, 123, einschl. FN 18
- (3) Ulmer in Münch.-Komm., § 718, Rdnr. 37; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 714, Rdnr. 12; Staudinger-Keßler, § 714, Rdnr. 18
- (4) So z. B. in § 124 HGB, vgl. dazu Flume, Personengesellschaft, 69 f.
- (5) So ausdr. Flume, Personengesellschaft, 70; ihm folgend Teichmann, AcP 179, 480 f.; die Rspr. scheint mittlerweile in diese Richtung zu tendieren, vgl. BGHZ 72, 311, 313; 79, 374, 378 f.

b) Haftungsverhältnisse in der Gesamthand

Nachdem nun herausgearbeitet wurde, daß die Gesamthand eigenständiger Rechtsträger sein kann, bedürfen die Haftungsverhältnisse einer näheren Untersuchung.

aa) Haftung der Gesamthand als solcher

Bezüglich der Haftungsfrage im Hinblick auf die Gesamthand könnte man zunächst die Ansicht vertreten, daß es eine solche nicht gebe, sondern es sich bei Schulden der Gesamthand um nichts anderes als gemeinschaftliche Schulden der Gesamthänder handele (1). Diese Ansicht beruht aber auf der vermögensrechtlichen Zuordnung der Gesamthand, deren Unnaltbarkeit oben dargestellt wurde. Die Gesamthand ist eben nicht nur das Gesamthandsvermögen, letzteres stellt nach der hier vertretenen Auffassung nur das Haftungsobjekt dar (2). Die eben angesprochene Meinung ist mit der hier vertretenen Auffassung von der Gesamthand als eigenständigem Rechtsträger nicht vereinbar. Die Verselbständigung würde gerade wieder negiert werden, wenn man in der Haftungsfrage darauf abstellt, daß nur die Gesamthänder zu haften hätten. Die angestrebte Trennung zwischen Gesamthands- und Privatvermögen der Gesamthänder würde dadurch aufs Spiel gesetzt. Dem wird nun teilweise entgegengehalten, daß so der Inhalt des § 124 HGB auch für die BGB-Gesellschaft gelten würde; bezüglich Gesellschaftsschulden bestehe aber ein Unterschied zwischen den beiden Gesellschaftsformen (3). Dagegen ist aber einzuwenden, daß § 124 HGB nur Ausdruck des Gesamthandsprinzips als ein personenrechtliches Prinzip ist. Auch die OHG

(1) So z. B. Huber, Vermögensanteil, 86; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, Vor. § 705, Rdnr. 36 ff., insbes. Rdnr. 40

(2) Vgl. Flume, Festschrift für Harry Westermann, 123

(3) Vgl. Huber, Vermögensanteil, 86 f.

ist Gesamthand. Der § 124 HGB gibt neben der Regelung von Einzelaspekten zur Verselbständigung der OHG nur das wieder, was bereits Inhalt des Gesamthandsprinzips ist, die Vorschrift ist also ihrem Wesen nach keine Spezialvorschrift nur für die OHG (1).

Aus der Verselbständigung der Gesamthand ergibt sich also zwangsläufig auch, daß sie mit dem Gesamthandsvermögen für ihre Verbindlichkeiten einzustehen nat. Der § 736 ZPO kann aus den oben dargelegten Gründen nicht entgegenstehen.

bb) Haftung der Gesamthänder

Fraglich bleibt damit aber noch, inwieweit die Gesamthänder für Verbindlichkeiten der Gesamthand neben dieser oder allein haften. Daß sie überhaupt haften, ist bei der Gesamthand unbestritten.

Als mögliche Grundlage für die Haftung der Gesamthänder wird, soweit nichts besonderes geregelt ist, § 427 BGB genannt (2). Dem steht aber entgegen, daß § 427 BGB nur regelt, wie Gesamtschuldner haften, wenn sie überhaupt einmal haften. Über die Grundlage der Haftung, und um die geht es hier, besagt § 427 BGB also nichts (3). Die Vorschrift ist bei der Gesamthand nur von Bedeutung, wenn die Gesamthänder selbst vertraglich verpflichtet wurden (4). In der Regel ist es aber so, daß Verpflichtungen die Gesamthand als eigenständigen Rechtsträger

(1) Vgl. dazu insgesamt Flume, Personengesellschaft, 69 f.; so auch Teichmann, AcP 179, 481

(2) Soergel-Schultze-v.Lasaulx, Vor. § 705, Rdnr. 40; Hueck, Gesellschaftsrecht, 39

(3) So im Ergebnis auch Flume, Festschrift für Harry Westermann, 122, unter Einbeziehung der Entstehungsgeschichte; Wiedemann, WM-Sonderbeilage 4/1975, 42; Schünemann, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft, 142 ff.; Theobald, Vor-GmbH, 77

(4) Vgl. Flume, aaO., 129

treffen, nicht daneben auch noch selbständig die Gesamthändler. Daher regelt § 427 BGB die Haftungsfrage bei der Gesamthand nicht.

Zur Haftung der Gesamthändler wurden bzw. werden drei Theorien vertreten: Eine Meinung ging davon aus, daß nur eine Verpflichtung bestehe, für die zwei Vermögensmassen einzustehen hätten (1). Auf der anderen Seite wird die Meinung vertreten, daß grundsätzlich zwei selbständige Verpflichtungen bestünden, einmal die der Gesamthand, daneben die der Gesamthändler (2). Letztendlich gibt es noch die Ansicht, daß die Haftung der Gesamthändler akzessorisch zu der der Gesamthand sei, der Haftung der Gesamthand folge notwendig die der Gesamthändler (3).

(1) Theorie der einheitlichen Verpflichtung

Die eben als erstes skizzierte Ansicht knüpft daran an, daß Gesamthandsverbindlichkeiten stets solche der Gesamthändler seien, weil es die Gesamthand als selbständigen Rechtsträger nicht gebe. Diese Ansicht wurde aber bereits zurückgewiesen, die Gesamthand ist gerade selbständiger Rechtsträger. Daher kann auch der Theorie von einer einheitlichen Verpflichtung und zwei Haftungsobjekten nicht gefolgt werden.

(2) Theorie der Doppelverpflichtung

Die oben als zweites skizzierte Ansicht geht davon aus, daß das zuständige Organ aufgrund der ihm zustehenden Vertretungsbefugnis nicht nur die Gesamthand, sondern wegen § 714 BGB auch die

(1) So die frühere hM; heute noch die S.77 FN 1 genannten; neuestens wieder Lipp, BB 1982, 76

(2) Dies die wohl neue hM; Ulmer in Münch.-Komm., § 714, Rdnr. 26; Hüffer, Gesellschaftsrecht, 34; BGHZ 74, 240, 242

(3) Namentlich Flume, Festschrift für Harry Westermann, 130; ders., Personengesellschaft, 286 ff., 325 ff.; Wiedemann, WM-Sonderbeilage 4/1975, 43; jetzt auch Rob. Fischer, ZGR 1979, 268; Teichmann, AcP 179, 479 f.; wohl auch John, Rechtsperson, 262

Gesamthänder verpflichtet. Im OHG-Recht muß dann aber wegen § 125 I HGB etwas anderes gelten. Das führt aber bereits dazu, daß hinsichtlich des wesentlichen Komplexes Haftung zwei Erscheinungsformen desselben Prinzips gravierende Unterschiede aufweisen. Das scheint einem einheitlichen Gesamthandsprinzip nicht gerecht zu werden. Dies gilt umso mehr, als daß für die Gesamthänderhaftung bei der OHG allgemein nur die akzessorische Haftung angenommen wird (1). Aufgrund dessen wird auch ein Gesamtschuldverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern bei der OHG zurecht abgelehnt (2). Konsequenz der gerade zu untersuchenden Theorie ist aber die Annahme eines solchen Gesamtschuldverhältnisses (3). Was letztlich den Inhalt der Haftung angeht, so müßte dieser konsequenterweise wegen des Bestehens zweier Primärverpflichtungen in allen Fällen auf Erfüllung gehen, die Gesamthänder müßten also persönlich erfüllen. Diese volle Konsequenz wird aber nicht gezogen. Insbesondere in Fällen, in denen eine Erfüllungshaftung nicht durchführbar oder interessenwidrig wäre, wird dann lediglich eine Haftung auf das Interesse angenommen (4). Angesichts dieser Unstimmigkeiten im Hinblick auf ein einheitliches Gesamthandsprinzip stößt die Theorie der Doppelverpflichtung auf doch erhebliche Bedenken.

(3) Theorie der akzessorischen Haftung

Diese oben als letzte umrissene Ansicht findet ihre Stütze in der Regelung des § 128 HGB. Dort ist ausdrücklich geregelt, daß

-
- (1) Vgl. nur Rob. Fischer, Großkomm. HGB, § 105, Rdnr. 5 u. 17; Hüffer, Gesellschaftsrecht, 140 m. w. N.
 - (2) Flume, Personengesellschaft, 286; Hüffer, Gesellschaftsrecht, 146; Rob. Fischer, Großkomm. HGB, § 105, Rdnr. 17; BGHZ 47, 376, 378
 - (3) So z. B. Hüffer, Gesellschaftsrecht, 86
 - (4) Vgl. nur Rob. Fischer, Großkomm. HGB, § 128, Rdnr. 9; Ulmer in Münch.-Komm. § 714, Rdnr. 38; kritisch auch Wiedemann, MM-Sonderbeilage 4/1975, 43; generell i. S. einer Haftung nur auf das Interesse bereits Wieland, Handelsrecht I, 673 ff.

der Gesellschafter eben für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, sich seine Haftung also an der der Gesellschaft orientiert. Dies läßt sich damit begründen, daß es primär die Gesellschaft ist, die die Beteiligte an dem jeweils fraglichen Rechtsverhältnis ist (1). Da die OHG nun eine Erscheinungsform der Gesamthand ist, kann das Vorstehende als Ausdruck des Gesamthandsprinzips angesehen werden. Der § 128 HGB ist somit letzten Endes nur Ausdruck eines bestehenden Grundprinzips, das für alle Erscheinungsformen Gültigkeit besitzt. Wenn nun dagegen eingewendet wird, § 128 HGB sei eben nur Sondernorm für den Handelsverkehr und im übrigen werde obige Auslegung den Möglichkeiten beschränkter Haftung etwa bei der KG nicht gerecht (2), so ist dem zunächst entgegenzuhalten, daß die akzessorische Haftung am ehesten den beteiligten Interessen gerecht wird (3). Die Gesamthänder haften nur soweit wie die Gesamthand selbst, es kann also nicht dazu kommen, daß die Verpflichtung der Gesamthand erlischt und die Gesamthänder trotzdem weiterhaften (etwa aufgrund entsprechender Vereinbarung mit den Gläubigern). Die Gläubiger haben die Möglichkeit, auch auf die Gesamthänder zuzugreifen. Was die Möglichkeit beschränkter Haftung angeht, so ist darauf zu verweisen, daß diese auf rechtsgeschäftlichem Wege erreicht werden kann, ohne das Grundprinzip selbst in Frage zu stellen. Dabei mag es auch möglich sein, eine Haftungsbeschränkung aufgrund des Auftretens anzunehmen; dies braucht aber hier nicht entschieden zu werden.

(1) Vgl. Flume, Personengesellschaft, 287

(2) So Ulmer in Münch.-Komm., § 714, Rdnr. 24

(3) Vgl. Rob. Fischer, Großkomm. HGB, § 128, Rdnr. 9 ff.

cc) Stellungnahme

Der Theorie von der akzessorischen Haftung ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Theorie der Doppelverpflichtung ist nicht überzeugend, da sie in ihrer Durchführung etliche Einschränkungen machen muß oder sogar undurchführbar erscheint (1). Was nun § 128 HGB als wesentliche Stütze der hier befürworteten Theorie angeht, so ist zusätzlich noch auf dessen Zweck abzustellen. Dieser läßt sich durchaus dahingehend bestimmen, daß er als Ausgleich für ein fehlendes, nicht ausreichend gesichertes Haftungskapital bei der OHG eben die Haftung der Gesellschafter anordnet. Bei der OHG gibt es keine Vorschriften über das Kapital, geschweige denn dessen Erhaltung, weshalb es den Gesellschaftern ein Leichtes ist, Verschiebungen zwischen den einzelnen Vermögensmassen zuungunsten des Gesellschaftskapitals vorzunehmen (2). § 128 HGB ist damit zugleich Ausdruck des Grundsatzes, daß Haftung Kapital zu ersetzen vermag. Wesentlicher ist aber, daß in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommt, daß es immer dann, wenn ein abgesichertes Garantiekapital als Haftungsfonds fehlt, eine persönliche Haftung der Beteiligten geben muß. Die Möglichkeit einer rechtsgeschäftlichen Beschränkung der Haftung gibt es dann selbstverständlich immer, dies ist aber eine Frage der Handhabung zwischen den beteiligten Parteien.

Aus dem Vorstehenden läßt sich auch eine Beantwortung der Frage nach dem Inhalt der Haftung herleiten. Grundsätzlich kämen dann, wie bereits angedeutet, Haftung auf Erfüllung in natura oder auf das Interesse in Betracht. Haftung auf Erfüllung würde nun bedeuten, daß der Gesamthänder die Verpflichtung der Gesamthand selbst erfüllen muß, aber quasi deren Leistung er-

(1) Darauf weist auch Lipp, BB 1982, 75, hin. Vgl. im übrigen die bereits oben angeführten Bedenken

(2) Kornblum, Haftung, 154; John, Rechtsperson, 251

bringen muß. Dies führt aber bei höchstpersönlichen Leistungen zu erheblichen Schwierigkeiten (1), die dann mit einer Haftung auf das Interesse gelöst werden. Es liegt daher bereits nahe, die Erfüllung in natura der Gesellschaft zuzuweisen (2). Wenn man zusätzlich den oben dargelegten Zweck des § 128 HGB berücksichtigt, so ergibt sich daraus, daß diese Haftung nur kapitalbezogen ist. Auch aus diesem Grunde ist es naheliegend, die Haftung nur auf das Interesse zu beziehen. Letztlich ist darauf zu verweisen, daß im Falle der Nichterfüllung durch die Gesamthand die Gläubiger sich in aller Regel mit der Geltendmachung des Interesses begnügen werden (3), so daß die Frage der Erfüllung in natura durch die Gesamthänder nahezu keine praktische Bedeutung haben dürfte (4). Angesichts dessen sprechen die besseren Gründe dafür, die Haftung der Gesamthänder auf das Interesse zu begrenzen, zumal gerade im Hinblick auf § 128 HGB keine durchgreifenden Bedenken dagegenstehen (5). Unabhängig davon wird man aber befürworten können, daß die Gesamthänder stattdessen ihrerseits die Haftungsverbindlichkeit freiwillig durch Leistung in natura erbringen können (6), soweit sie dazu in der Lage sind. Eine Pflicht dazu wird man allenfalls dann in Betracht ziehen können, wenn die Gesamthänder zu einem bestimmten persönlichen Verhalten gegenüber der Gesamthand verpflichtet sind und nun die Gesamthand gerade dieses Verhalten zu erbringen hat.

(1) Vgl. dazu im einzelnen John, Rechtsperson, 254 ff., der Einzelfragen zu den einzelnen Leistungsinhalten behandelt

(2) So bereits Wieland, Handelsrecht I, 637

(3) Flume, Personengesellschaft, 305

(4) Darauf weist Rob. Fischer, ZGR 1979, 270, zutreffend hin

(5) Rob. Fischer, Großkomm. HGB, § 128, Rdnr. 9

(6) Flume, Personengesellschaft, 306

Als Ergebnis läßt sich demnach festhalten, daß die Haftung der Gesamthänder akzessorisch zur Schuld der Gesamthand ist und in der Regel nur auf das Interesse geht; es sei denn, es gäbe besondere Vereinbarungen, die für den einzelnen Gesamthänder wirksam sind (1).

c) Gesamthandsprinzip bei der Vorgesellschaft

Die nunmehr gefundenen Strukturmerkmale sind jetzt auf ihre Übertragbarkeit auf die Vorgesellschaft hin zu überprüfen. Ist das der Fall, so handelt es sich bei der Vorgesellschaft um eine weitere Erscheinungsform der Gesamthand.

Die Vorgesellschaft entsteht in der Regel aufgrund des Zusammenschlusses mehrerer Personen zwecks Gründung einer GmbH mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages bzw. Feststellung der Satzung. Im Gesellschaftsvertrag werden nicht nur die notwendigen Feststellungen des § 3 I GmbHG getroffen, sondern auch sonstige gesellschaftliche Pflichten zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern festgelegt (2). Gerade letztere müssen, um gültig zu sein, im Gesellschaftsvertrag enthalten sein (3). Nach den oben dargestellten Grundsätzen ist damit eine Außengesellschaft entstanden. Die Gesellschafter verfolgen einen gemeinsamen Zweck als Gruppe, sie werden insoweit nicht mehr individualistisch tätig. Das kommt namentlich im Erfordernis der §§ 7 II, 19 I GmbHG zum Ausdruck. Zur Gründung der GmbH ist eben die Mindesteinzahlung erforderlich, die entsprechend der Anteile am Gesamtkapital erfolgen soll. Jeder Gesellschafter ist also mitverpflichtet und kann sich dieser Verpflichtung

(1) Mit gleichem Ergebnis Theobald, Vor-GmbH, 80 ff., der aber einen anderen Ansatz zugrundelegt

(2) Scholz/Winter, § 3, Rdnr. 23

(3) Scholz/Winter, § 3, Rdnr. 20; Ulmer in Hachenburg, § 3, Rdnr. 41 ff.

tung nicht einseitig entziehen (1). Das eingezahlte bzw. geleistete Vermögen steht nun gem. §§ 8 II (1) GmbHG ausschließlich in der Verfügung des Geschäftsführers, also des Gesellschaftsorgans. Dieser ist nach einhelliger Ansicht auch Organ der Vorgesellschaft (2). Daraus ergibt sich aber, daß das aufgebrachte Kapital der Vorgesellschaft und nicht den Gesellschaftern zusteht, denn der Geschäftsführer vertritt nur das Gesamtgebilde.

Problematisch könnte allerdings sein, daß bei der GmbH ohne weiteres Fremdgeschäftsführung zulässig ist, damit an und für sich auch bei der Vorgesellschaft. Bei einer Personengesellschaft wird Drittorganschaft überwiegend für unzulässig gehalten (3). Begründet wird das auf verschiedene Weise, überwiegend wird aber auf den Ausschluß der Mitwirkung der Gesellschafter an der Geschäftsführung und auf deren Haftung ohne eigene Verantwortlichkeit verwiesen. Dem ist für die Vorgesellschaft aber einmal entgegenzuhalten, daß es die Gesellschafter in der Hand haben, das Organ aus ihren Reihen zu bestimmen, dies ist gem. § 6 III GmbHG ohne weiteres möglich. Außerdem ist das Organ gem. § 35 I GmbHG nur zur Vertretung im Außenverhältnis berufen, im Innenverhältnis unterliegt es gem. § 37 I GmbHG und gegebenenfalls gem. § 45 GmbHG der vollen Weisungsbefugnis der Gesellschafter. Für die Vorgesellschaft gilt noch zusätzlich, daß das Organ für vorzeitige, rechtsgeschäftliche Tätigkeit einer Ermächtigung durch alle Gesellschafter bedarf (4). Fehlt diese, so ist das Organ in-

- (1) Im Falle der Nichtzahlung haften die übrigen Gesellschafter ggbfls. gem. § 24 GmbHG. Eine Ausnahme von § 19 I GmbHG bedarf der gesellschaftsvertraglichen Regelung, vgl. Rob. Fischer, § 19 GmbHG, Anm. 2
- (2) Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 41; Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 14; Rob. Fischer, § 11 GmbHG, Anm. 2c), 2. Abs.; Dilcher, JuS 1966, 91; M. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 51
- (3) Vgl. statt aller Flume, Personengesellschaft, 240 f. m. w. N., auch zur Gegenansicht
- (4) Vgl. nur BGHZ 80, 129, 139; Flume, Die juristische Person, 159

soweit als vollmachtloser Vertreter anzusehen, § 37 II GmbHG wird man im Gründungsstadium noch nicht anwenden können (1). Damit wird zugleich das Argument der Haftung ohne eigene Verantwortlichkeit zumindest fragwürdig. Dießbezüglich läßt sich auch noch einwenden, daß das auch der Fall wäre, wenn ein Gesellschafter alleiniger Vertreter einer Personengesellschaft ist, ein gravierender Unterschied zur Dritttorganschaft liegt darin wohl kaum (2). Die Möglichkeit der Fremdgeschäftsführung bei der Vorgesellschaft spricht also nicht gegen deren Einstufung als Gesamthand.

Mit Aufbringung des Stammkapitals verfügt die Vorgesellschaft auch über ein eigenes Vermögen, welches als Haftungsobjekt für Verbindlichkeiten zur Verfügung steht, und welches nicht den Gesellschaftern, sondern der Gruppe zuzuordnen ist. Eine eigenständige Rechtsfähigkeit kann der Vorgesellschaft wegen der fehlenden Eintragung als zwingende Voraussetzung dafür nicht zugewilligt werden (3). Folge wäre dann, daß bereits die Vorgesellschaft juristische Person wäre. Jedoch ist die Vorgesellschaft ein eigenständiger Rechtsträger, wie es auch namentlich in der rechtlichen Qualifikation der Vorgesellschaft (4) zum Ausdruck kommt. Die Vorgesellschaft ist also tatsächlich als Gesamthand einzustufen.

Damit gelten aber auch die zur Gesamthand entwickelten Haftungsprinzipien. Aus dem Wesen der Vorgesellschaft als Gesamthand folgt, daß auch die Gesellschafter als Gesamthänder haften. Der Haftungsinhalt ist dabei grundsätzlich genauso zu beurteilen wie oben dargelegt. Allerdings ist der Besonderheit

(1) BGH, aaO.; Ulmer, ZGR 1981, 599; Roth, ZGR 1984, 612

(2) Teichmann, Gestaltungsfreiheit, 119

(3) Zur Bedeutung der Eintragung vgl. oben I 2. b) bb) (2)

(4) Die Vorgesellschaft ist eine besondere Organisation, die rechtlich wie eine noch nicht rechtsfähige GmbH zu behandeln ist, vgl. Rob. Fischer, § 11 GmbHG, Anm. 2b

in der Vorgesellschaft als Vorstufe zur GmbH insoweit Rechnung zu tragen, als bei Bareinlagen eine Haftung auf Erfüllung in natura gänzlich ausscheiden muß. Die Gesellschafter haben insoweit nur Kapital versprochen. Damit soll sichergestellt werden, daß ein festgeschriebenes Haftungskapital wertmäßig zur Verfügung steht, nicht hingegen bestimmte Gegenstände. Insoweit gibt es aber nur die Haftung auf das Interesse als sachgerechte Lösung. Was nun deren Umfang angeht, so soll dies weiter unten näher behandelt werden, da dies eine Spezialfrage zum Recht der Vorgesellschaft ist und mit deren Grundstruktur als Gesamthand nebst daraus resultierenden Folgen zunächst nichts zu tun hat.

Festzuhalten bleibt demnach, daß die Vorgesellschaft grundsätzlich Gesamthand ist und die Gesellschafter aufgrund des Gesamthandswesens persönlich haften. Eine weitere Untersuchung der eingangs genannten Haftungsvorschriften erübrigt sich damit; diese sind im übrigen, wie dargelegt, teilweise Ausdruck des Gesamthandsprinzips. Die Haftung der Gesellschafter beruht damit letzten Endes auf allgemeinen Haftungsgrundsätzen (1), eben denen der Gesamthand.

(1) So Flume, Festschrift für Geßler, 35; ders. in Festschrift für v. Caemmerer, 521; ders. in NJW 1981, 1754; ders. in Die juristische Person, 164

III. Einzelfragen zur Gründerhaftung

1. Allgemeine Anforderungen

Nachdem die Haftung der Gründer bzw. Gesellschafter der Vorgesellschaft herausgearbeitet wurde, sollen im folgenden die Anforderungen an die Entstehung der Haftung untersucht werden. Da die Gründerhaftung gem. der oben aufgestellten Grundsätze als akzessorisch anzusehen ist, heißt das, daß die Entstehung einer Verbindlichkeit der Vorgesellschaft zu untersuchen ist.

a) Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung der Vorgesellschaft

Eine solche Möglichkeit wurde nach früher hM entweder völlig verneint oder auf sog. notwendige Geschäfte beschränkt (1). Indessen gibt es keinen Rechtssatz, der derartiges für die GmbH anordnet. Aus der Gesamthandsstruktur der Vorgesellschaft folgt ohne weiteres, daß diese Rechtsträger ist und damit auch Verbindlichkeiten eingehen kann. Deshalb wird die Möglichkeit und Zulässigkeit einer Verpflichtung der Vorgesellschaft aus rechtsgeschäftlicher Tätigkeit heute ganz überwiegend anerkannt (2). Damit wird zugleich dem eingangs dargelegten Interesse der Gründer an möglichst baldiger Geschäftsaufnahme Rechnung getragen.

- (1) Vgl. dazu schon oben § 1 II 2.a) und b)
- (2) BGHZ 80, 129, 132, m. N. zu Vorarbeiten in der Lit.; dem folgend John, BB 1982, 510; Priester, ZIP 1982, 1141 f.; Fleck, WM 1983, 8; Flume, NJW 1981, 1754

b) Vertretung durch die Geschäftsführer

Die Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Verpflichtung der Vorgesellschaft besagt aber noch nichts über deren tatsächliche Durchführung. Entscheidend wird daher die Frage, ob und inwieweit die Geschäftsführer die Vorgesellschaft verpflichten können, also die Frage nach dem Umfang ihrer Vertretungsmacht (1). Dies wäre unproblematisch, wenn die Regelung des § 37 II GmbHG bereits im Gründungsstadium wirksam wäre (2). Dem ist aber entgegenzuhalten, daß der Zweck der Vorgesellschaft primär auf das Entstehen der GmbH gerichtet ist und nicht auf rechtsgeschäftliches Auftreten nach außen. Dessen Zulässigkeit wiederum bewirkt noch lange nicht, daß es auch primärer Zweck der Vorgesellschaft ist. Deshalb ist davon auszugehen, daß sich die Vertretungsmacht der Geschäftsführer im Gründungsstadium zunächst nur auf solche Maßnahmen erstreckt, die der Vollendung der juristischen Person dienen (3). Etwas anderes kann aber dann gelten, wenn es die Satzung zuläßt, sei es ausdrücklich, sei es konkludent (4). Jedenfalls ist § 37 II GmbHG im Gründungsstadium noch nicht anwendbar (5). Aus dem Vorstehenden ergibt sich also, daß es zur für die Vorgesellschaft wirksamen rechtsgeschäftlichen Tätigkeit einer besonderen Ermächtigung für die Geschäftsführer bedarf. Dies kann selbstverständlich durch Satzungsregelung, auch konkludente, erfolgen. Fraglich ist daher, ob dies nur durch eine entsprechende

(1) Vgl. dazu noch näher unten § 4 II 1. a) - c)

(2) So Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 14; Rob. Fischer, § 11 GmbHG, Anm. 2.c) am Ende; Huber, Festschrift für Rob. Fischer, 274; M. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 29, 51; Wiedemann, JurA 1970, 462; Theobald, Vor-GmbH, 31

(3) Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 41

(4) Ulmer, aaO.

(5) So Ulmer, aaO.; Flume, NJW 1981, 1754; John, BB 1982, 512; K. Schmidt, NJW 1981, 1345 (anders ders. in: Zur Stellung der OHG, 324); Fleck, WM 1983, 8 f.; Roth, ZGR 1984, 612

Satzungsregelung geschehen kann (1). Dafür sprächen Gründe der Rechtssicherheit, die erweiterte Vertretungsmacht wäre so notariell festgehalten und nachweisbar. Dieses Erfordernis erscheint indessen zu starr und wird dem Charakter der Vor-Gesellschaft als Durchgangsstadium zur rechtsfähigen GmbH nicht ganz gerecht. Die Beschränkung der Vertretungsmacht hat nur vorübergehenden Charakter. Aus Praktikabilitätsgründen ist daher eine Erweiterung der Vertretungsmacht im Gründungsstadium nicht vom Formerfordernis des § 2 GmbHG abhängig zu machen (2).

Um aber andererseits der Gesamthandsstruktur der Vorgesellschaft und damit der Stellung der Gesamthänder als deren Mitglieder Rechnung zu tragen, ist eine Ermächtigung, ausdrücklich oder konkludent, durch alle Gesellschafter resp. Gründer zu fordern (3). Damit werden auch die von der Gegenansicht angeführten unabsehbaren praktischen Schwierigkeiten (4) hinfällig. Der Geschäftspartner kann in aller Regel von einer entsprechenden Ermächtigung ausgehen. Sollte diese ausnahmsweise fehlen, so ist der handelnde Geschäftsführer aufgrund des Vorgesagten als Vertreter ohne Vertretungsmacht anzusehen mit der Folge, daß er gegebenenfalls selbst für die Verbindlichkeit einzustehen hat, entweder über § 11 II GmbHG oder über § 179 BGB (5). Dies erscheint keineswegs unzumutbar, die Gläubigerinteressen werden dadurch hinreichend berücksichtigt. Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß die Geschäftsführer mit einer entsprechenden Ermächtigung durch alle Gründer die Vorgesellschaft wirksam aus rechts-

-
- (1) So Ulmer, Festschrift für Ballerstedt, 295; ders. wohl auch noch in ZGR 1981, 601
 - (2) Dies räumt auch Ulmer ZGR 1981, 601, ein; näher bei § 4 II 1.
 - (3) Flume, Die juristische Person, 159; im Ergebnis auch BGHZ 80, 129, 139
 - (4) Binz, Haftungsverhältnisse, 140 f.; M. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 28
 - (5) Dazu siehe noch unten § 4

geschäftlicher Tätigkeit verpflichten können. Dafür hat dann nicht nur die Vorgesellschaft einzustehen, sondern aufgrund des Gesamthandsprinzips jeder einzelne Gründer im Wege einer akzessorischen Haftung.

2. Umfang der Haftung

Die Frage nach dem Umfang der Haftung wurde bislang ausgeklammert. Diese Problematik soll nunmehr aufgegriffen werden.

a) Beschränkte Haftung

Aus dem Wesen der GmbH heraus läßt sich der Standpunkt vertreten, angesichts der vorgesehenen beschränkten Haftung könne auch im Gründungsstadium nichts anderes gelten, die Gründer haften also nur beschränkt. Naheliegend ist es dann, den Umfang der Haftung auf die Höhe der jeweils übernommenen Einlage festzulegen, diese zusammengekommen ergeben ja das vorgesehene Garantiekapital. Vordergründig spricht dafür, daß die Vorgesellschaft zumeist bereits unter der Firma der GmbH auftritt und Geschäftspartner somit davon ausgehen können, daß keine unbeschränkte Haftung zu erwarten ist (1). Aber auch ein Vergleich mit dem nicht-rechtsfähigen Verein könnte diese Ansicht stützen. Dort ist ganz überwiegend anerkannt, daß die Mitglieder nur in der Höhe ihres Anteils am Vereinsvermögen haften (2). Da die Vorgesellschaft letzten Endes eine werdende Körperschaft ist, wie auch der nicht-rechtsfähige Verein eine Körperschaft ist, lassen sich die für letzteren geltenden Prinzipien möglicherweise auch auf die Vorgesellschaft übertragen. Daraus

(1) Vgl. Dregger, Haftungsverhältnisse, 79; Binz, Haftungsverhältnisse, 220; Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 10, jedoch im Ergebnis anders; Fleck, ZGR 1975, 228; auch Roth, ZGR 1984, 615 verweist darauf; aus der Rspr. vgl. BGHZ 65, 378, 382; 72, 45, 50

(2) Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 54, Rdnr. 36 m. w. N.; ständige Rspr. seit RGZ 63, 62, 65

Könnte sich sogar die Anerkennung eines Grundsatzes der allgemeinen Haftungsbeschränkung ergeben (1). Letztlich kann für eine beschränkte Haftung noch darauf abgestellt werden, daß die Geschäftsführer nur ermächtigt sind, die Gründer bis zur Höhe ihrer Einlage zu verpflichten. Denn grundsätzlich steht es den Geschäftsführern gar nicht zu, die Gründer überhaupt zu verpflichten, im Gründungsstadium sind sie nur befugt, die zur Vollendung der GmbH erforderlichen Schritte zu unternehmen. Insoweit spielt das Auftreten unter der Firma der GmbH wieder eine Rolle, daraus kann sich auch die beschränkte Vertretungsmacht der Geschäftsführer im Hinblick auf eine Verpflichtung der Gründer ergeben (2). Eine weitergehende Verpflichtung der Gründer würde dann also an der fehlenden Vertretungsmacht scheitern.

b) Unbeschränkte Haftung

Demgegenüber wird aber auch darauf abgestellt, daß die Vorgesellschaft noch keiner der vorgesehenen Gesellschaftsformen, die eine Haftungsbeschränkung zulassen, entspricht. Deshalb wird dann eine unbeschränkte Haftung der Gründer angenommen (3). Zur Begründung läßt sich darauf verweisen, daß der Ausschluß oder die Beschränkung der persönlichen Haftung eines Beteiligten einer gesetzlichen Grundlage bedarf (4), woran es aber im Hinblick auf die Vorgesellschaft gerade fehlt. Vor allem dürfte sich ein Vergleich mit den Vorschriften aus dem Vereinsrecht verbieten, da Vorgesellschaft und Verein zwei

(1) So Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 62

(2) So ausdrücklich BGHZ 65, 378, 382; vgl. auch Fleck, ZGR 1975, 228; ders. in Anm. zu BGH LM Nr. 20 zu § 11 GmbHG

(3) Vgl. Flume, Festschrift für Geßler, 35 f.; ders. in: Die juristische Person, 164 f.; Wiedemann, Jura 1970, 454 ff.; K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 345; ders. in NJW 1981, 1347; John, BB 1982, 511 f.

(4) Insbes. Flume, Festschrift für v. Caemmerer, 518, unter Hinweis auf BGHZ 22, 240, 244

völlig verschiedene Gebilde sind. Denn in einem Fall handelt es sich bereits um einer Körperschaft, im anderen Fall hingegen noch nicht. Im übrigen müßte man die rechtsgeschäftlich tätige Vorgesellschaft auch als wirtschaftlichen Verein ansehen, bei dem eine Vollhaftung der Mitglieder anzunehmen ist, da ein solcher Verein einer OHG nahekommt (1). Beim wirtschaftlichen Verein kommt die Anerkennung eines Prinzips unbeschränkter Haftung bei wirtschaftlicher Betätigung zum Ausdruck, sofern es nicht sonstige Garantien für den Gläubigerschutz gibt (2). Solche Garantien fehlen aber auch bei der Vorgesellschaft. Diese verfügt noch nicht über den Garantiefonds wie die fertige GmbH, da die entsprechende Überprüfung der Einlagen durch das Registergericht noch fehlt (3). Eine Garantiefunktion kann dem bereits im Gründungsstadium aufgebrauchten Kapital noch nicht zugesprochen werden. Letztlich kann angesichts wirtschaftlicher Betätigung auch nicht angenommen werden, daß die Geschäftsführer im Hinblick auf die Gründer nur eine eingeschränkte Vertretungsmacht haben. Besteht Vertretungsmacht für die gesamte rechtsgeschäftliche Tätigkeit, so ist diese eben unbeschränkt (4).

c) Stellungnahme

Die Argumente, die zur Begründung einer beschränkten Haftung der Gründer verwendet werden, überzeugen insgesamt nicht.

Allein die Verwendung der Firma einer GmbH kann noch keine Haftungsbeschränkung bewirken, darauf wurde bereits oben hin-

(1) Vgl. Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 54, Rdnr. 38

(2) Soergel-Schultze-v.Lasaulx, aaO.

(3) Vgl. K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 320

(4) Wiedemann, JurA 1970, 455

gewiesen (1). Dem Zusatz "GmbH" würde sonst eine Wirkung beigelegt, die ihm vom Gesetz her nur für die entstandene GmbH zukommen soll. Konsequenterweise müßte durch die Verwendung des GmbH-Zusatzes aber auch jegliche Haftung der Gründer ausgeschlossen werden, denn bei der entstandenen GmbH haftet normalerweise kein Gesellschafter. Das Abstellen auf die Verwendung des GmbH-Zusatzes mit der Folge der beschränkten Haftung ist also inkonsequent.

Was die beteiligten Gründerinteressen angeht, die auf eine möglichst frühzeitige Haftungsbeschränkung gerichtet sind, so kann diesen nicht schon durch Verhalten nach außen in rechtlicher Hinsicht Rechnung getragen werden, sondern erst durch die Einhaltung der einschlägigen Normativbestimmungen (2). Die Ansicht von der beschränkten Gründerhaftung geht insbesondere an der Struktur der Vorgesellschaft als Gesamthand vorbei. Wie bereits mehrfach betont, besteht bei der Gesamthand grundsätzlich eine unbeschränkte Haftung der Gesamthänder. Zur Beschränkung der Haftung bedarf es besonderer Anhaltspunkte. Insoweit geht also der Hinweis auf den nichtrechtsfähigen Verein und einen möglichen Grundsatz der allgemeinen beschränkten Haftung fehl. Diese Möglichkeit ist Besonderheit des nichtrechtsfähigen Vereins und kann nicht schlechthin auf alle Gesamthandsgemeinschaften übertragen werden (3). Auf der anderen Seite kann aber die Konstellation der Vorgesellschaft nicht zur Vergleichbarkeit mit einer KG führen mit der Folge der beschränkten Gründerhaftung (4). Zwar ist auch die KG Gesamthandsgemeinschaft, allerdings nur eine bestimmte Erscheinungsform davon. Die eben ge-

(1) Siehe bei II.1.

(2) K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 319

(3) Vgl. auch Flume, Die juristische Person, 165

(4) So aber unter Abstellen darauf, daß die Vorgesellschaft mit ihrem Vermögen einem Komplementär, die Gründer den Kommanditisten vergleichbar seien: Binz, Haftungsverhältnisse, 220 ff.; M. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 88

nannte Ansicht stellt aber die Gesamthandsstruktur auf den Kopf, indem sie das Gesamtgebilde auf der einen Seite so weit verselbständigt wie eine juristische Person und ihm die Komplementärrolle zuweist, auf der anderen Seite eben dieses Gebilde wieder zergliedert und den einzelnen Mitgliedern die Kommanditistenrolle zuweist. Die Gesamthandsstruktur bewirkt aber gerade keine derartige rechtliche Verselbständigung wie bei einer juristischen Person. Für die Vorgesellschaft gibt es daher keine besonderen Anhaltspunkte, die eine Haftungsbeschränkung zu begründen vermögen. Es kann auch nicht darum gehen, daß eine irgendwie weitergehende Haftungsbereitschaft besonders erklärt werden müßte. Allein relevant ist die Erklärung, daß überhaupt erst eine Haftungsbeschränkung bestehen soll (1); dies kann aber nur durch Einzelvereinbarung geschehen.

Dem Gesamthandsprinzip wird es auch nicht gerecht, wenn auf eine beschränkte Vertretungsmacht der Geschäftsführer hinsichtlich einer Verpflichtung der Gründer abgestellt wird. Die Geschäftsführer vertreten die Gesamthand als solche und nicht jeden einzelnen Gründer (2). Die Haftung der Gründer ist erst Folge einer durch wirksame Vertretung der Vorgesellschaft entstandenen Verpflichtung derselben. Insoweit kommt es auf die Möglichkeit der Beschränkung der Vertretungsmacht bei wirtschaftlicher Betätigung gar nicht an.

Schließlich ist die Gründerhaftung auch in Relation zur Unterbilanzhaftung zu setzen. Oben wurde dargelegt (3), daß die Unterbilanzhaftung mit dem Eintragungszeitpunkt entsteht. Diese Haftung ist bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen

(1) Vgl. dazu Flume, Die juristische Person, 165

(2) Vgl. auch Theobald, Vor-GmbH, 77 ff.

(3) Vgl. oben I.4.

u. U. unbegrenzt. Es mutet nun seltsam an, vor Eintragung nur eine ziffernmäßig beschränkte Haftung zu befürworten, nach Eintragung aber eine wertmäßig unbegrenzte Haftung (1). Eine solche Annahme führt zu einem Bruch im Zustand des Haftungssystems vor Eintragung und nach Eintragung. Dieser Bruch wird ganz evident, wenn die Eintragung scheitert oder aufgegeben wird. Denn dann entziehen sich die Gründer einmal der Differenzhaftung und haften darüberhinaus auch nur beschränkt für die mittlerweile entstandenen Verbindlichkeiten. In solchen Fällen ist auch der Konflikt zwischen Gründern und Geschäftsführern vorprogrammiert, da letztere wegen der möglichen Haftung aus § 11 II GmbHG an der Eintragung, die diese Haftung beenden würde, noch interessiert sind. Vollends unverständlich wird die Diskrepanz dann, wenn die Eintragung aufgegeben wird und die Vorgesellschaft trotzdem weiterhin geschäftlich tätig bleibt. In solchen Fällen soll nach ganz überwiegender Ansicht eine unbegrenzte Haftung der Gründer eingreifen (2). Unabhängig von der Frage, ob sich der Zeitpunkt der Aufgabe der Eintragsabsicht überhaupt hinreichend genau bestimmen läßt, begegnet diese Konstruktion erheblichen rechtlichen Bedenken. Es gibt im deutschen Recht keine Norm, die eine ursprünglich beschränkte Haftung in eine später unbeschränkte Haftung umwandelt, ohne daß es einer ausdrücklichen Vereinbarung durch die Beteiligten bedarf. Ein rein subjektives Moment, nämlich Aufgabe der Eintragsabsicht, kann an der rechtlichen Qualifizierung der davon grundverschiedenen Haftungsfrage nichts ändern.

All diesen Bedenken kann aber dadurch begegnet werden, daß man bereits im Gründungsstadium eine unbeschränkte Haftung der Gründer annimmt. Eine Diskrepanz könnte sich allenfalls daraus ergeben, daß die Gründerhaftung eine Außenhaftung, die Un-

(1) Vgl. Flume, NJW 1981, 1755; John, BB 1982, 512; Roth, ZGR 1984, 622 ff.; Theobald, Vor-GmbH, 127 ff.

(2) BGHZ 22, 240, 244; 51, 30, 32; 80, 129, 142; aus der Lit. vgl. statt aller Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 14; Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 2, jeweils m. w. N.

terbilanzhaftung aber eine Innenhaftung ist. Dieses Bedenken vermag aber aus zwei Gründen nicht durchzuschlagen. Einmal erscheint es unsinnig abzuwarten, bis eine Unterbilanz im Zeitpunkt der Eintragung besteht und diese über die Haftung der Gesellschafter wieder aufgefüllt ist und erst dann den Gläubigern vollen Zugriff auf das GmbH-Vermögen zu geben. Sinnvoller ist es, den Gläubigern der Vorgesellschaft auch schon die direkte Zugriffsmöglichkeit auf die Gesellschafter zu geben und ihnen so eine etwaige Unterbilanzhaftung zu ersparen. Dies gilt umso mehr, als daß die Existenz einer Unterbilanz durchaus zur Ablehnung der Eintragung führen kann (1). Zum anderen wird mit der Unterscheidung zwischen Innen- und Außenhaftung dem § 13 II GmbHG Rechnung getragen. Ab Eintragung kommt eben keine persönliche Außenhaftung der Gesellschafter mehr in Betracht, dies würde dem Wesen der entstandenen GmbH völlig zuwiderlaufen. Ab Eintragung ist als Haftungsobjekt nach außen nur noch das verlaubliche Garantiekapital relevant.

Letztlich rechtfertigt sich die unbeschränkte Gründerhaftung auch im Hinblick auf die Gläubigerinteressen. Diese wollen sich auf ein unbegrenztes Haftungsobjekt nur dann verweisen lassen, wenn es eine Garantiefunktion erfüllen kann. Das ist aber erst aufgrund der registergerichtlichen Kontrolle und damit namentlich der Feststellung des wertmäßigen Vorhandenseins eines ausreichenden Haftungsfonds der Fall. Das bereits aufgebrachte Gesamthandsvermögen, das später das Stammkapital der entstandenen GmbH bilden soll, kann eine solche Funktion noch nicht erfüllen. Andernfalls würden die Vorschriften über den Prüfungsumfang der Registergerichte ihren Sinn verlieren und die Eintragung nur noch zur reinen Formalie ohne Sinngehalt werden. Indessen ist den Gläubigerinteressen mit einer akzessorischen Haftung der

(1) Vgl. BGHZ 80, 129, 143, zur Prüfung bezüglich Schuldenfreiheit der Vorgesellschaft; Theobald, Vor-GmbH, 66 ff. diskutiert die Unterbilanzhaftung als Eintragungshindernis, lehnt dies aber im Ergebnis zu Recht ab.

Gründer auch genügend Rechnung getragen. Primär soll die Vorgesellschaft verpflichtet sein, die Gründer daneben nur auf das Interesse haften, was letztlich auf eine subsidiäre Haftung hinausläuft (1). Dies erscheint im Hinblick auf die ebenfalls zu berücksichtigenden Gründerinteressen angebracht, diese wollen ihre Privatsphäre möglichst von einer Haftung freihalten (2).

Demnach bleibt festzuhalten, daß die oben genannte Ansicht einer beschränkten Gründerhaftung abzulehnen ist. Es ist von einer unbeschränkten Gründerhaftung auszugehen, die jedoch akzessorisch zu der der Vorgesellschaft und nur auf das Interesse gerichtet ist.

3. Dauer der Haftung

Es wurde bereits dargestellt, daß Gründerhaftung und Unterbilanzhaftung miteinander korrelieren. Eine Fortdauer der Gründerhaftung über den Eintragungszeitpunkt hinaus würde zu einer Überschneidung führen. Diese Fortdauer ist aber einmal wegen der Tatsache, daß die Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft zu solchen der entstandenen GmbH werden, nicht zu begründen. Denn insoweit greift ab Eintragung § 13 II GmbHG, so daß es rechtlich gar nicht haltbar wäre, die persönliche Haftung noch fortauern zu lassen. Zum anderen widerspräche eine Fortdauer den beteiligten Interessen. Die Gläubiger können ab Eintragung mit einer Haftung von Gesellschaftern schlechterdings nicht mehr rechnen. Die Gründer haben mit der Eintragung alles erreicht und durchgeführt, was sie angestrebt haben, so daß eine Haftung nach außen ihnen ab diesem Zeitpunkt nicht mehr zuzumuten ist. Die eventuell bestehende Unterbilanzhaftung ist quasi ein Überbleibsel aus der Gründungsphase und wirkt nicht unmittelbar nach au-

(1) Vgl. Rob. Fischer, Großkomm. HGB, § 128, Anm. 9

(2) Vgl. auch Wiedemann, WM-Sonderbeilage 4/1975, 43

ßen. Deshalb ist es angebracht, die Gründerhaftung im Zeitpunkt der Eintragung enden zu lassen (1).

Mit dem so dargestellten Haftungskonzept wird letztlich dem Anliegen des Vorbelastungsverbot es insofern noch Rechnung getragen (2), als daß es sich die Gründer im Gründungsstadium wohl überlegen müssen, ob sie einer vorzeitigen Geschäftsaufnahme zustimmen und damit ihre persönliche Haftung in der einen oder anderen Weise in Kauf nehmen. Auf jeden Fall werden sie zu zunächst vorsichtiger Geschäftstätigkeit angehalten, was angesichts des unsicheren Gründungsstadiums mit seinen geschäftlichen Risiken angebracht erscheint.

(1) Flume, Die juristische Person, 169; John, BB 1982, 512; Wiedemann, Jura 1970, 456; K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 346 ff.; BGHZ 80, 129, 144; 80, 182 = LM Nr. 30 b zu § 11 GmbHG mit Anm. Fleck

(2) John, BB 1982, 510

§ 4 Haftungsfolgen für Geschäftsführer

I Die Haftung aus § 11 II GmbHG

Im Recht der juristischen Person gibt es im Gegensatz zum Personengesellschaftsrecht die Möglichkeit einer reinen Organaftung, die unabhängig von einer etwaigen Gesellschafterhaftung besteht. Dies erklärt sich aus der Stellung der juristischen Person als eigenständiges Rechtssubjekt, das aber zum Auftreten im Rechtsverkehr eines Dritten, einer natürlichen Person, bedarf. Diese Organhaftung ist deshalb in der Regel eine Haftung für sorgfältige Wahrnehmung der Obliegenheiten gegenüber der juristischen Person.

Im Gründungsstadium stellt sich die Problematik ähnlich. Auch hier wird das für die entstandene juristische Person vorgesehene Organ tätig, dessen Obliegenheiten gegenüber der Gründungsgesellschaft sind mit denen gegenüber der juristischen Person weitgehend identisch. Eine Besonderheit besteht aber vom Gesetz her bei rechtsgeschäftlichem Handeln für die Gründungsgesellschaft, dann greifen unter Umständen die §§ 41 I 2 AktG, 11 II GmbHG. Vorliegend interessiert aufgrund des eingegrenzten Untersuchungsbereiches nur § 11 II GmbHG. Diese "Handlungshaftung" ist eine Spezialvorschrift für das Gründungsstadium der GmbH. Als solche ist sie daher vorrangig vor sonstigen Haftungsvorschriften des GmbHG für Geschäftsführer. Auf die sonstigen Regelungen soll auch nur im Rahmen der Untersuchung des § 11 II GmbHG und seines Verhältnisses zur Gründerhaftung eingegangen werden.

1. Funktion der Handlungshaftung

Bevor Voraussetzungen und sonstige Einzelfragen zu § 11 II GmbHG angegangen werden können, ist die Funktion dieser Vorschrift herauszustellen. Denn der Anwendungsbereich und damit die Auslegung dieser Vorschrift werden von der Funktion entscheidend mitbestimmt (1). Zur Funktion des § 11 II GmbHG wurden und werden im wesentlichen drei Ansichten vertreten, die im folgenden untersucht werden sollen.

a) Strafffunktion

Ausgehend von der ursprünglichen Fassung des Art. 211 II ADHGB, der inhaltlich dem § 11 II GmbHG gleichzusetzen ist, wurde dieser Vorschrift eine Strafffunktion beigelegt (2). Ausgangspunkt war dabei die Ansicht, daß es keine Vorgesellschaft gebe, für die Geschäfte abgeschlossen werden könnten, so daß ein Handeln im Gründungsstadium überhaupt verhindert werden müsse (3). Den genannten Vorschriften kam also ein rechtspolizeilicher Charakter zu (4).

Diese Ansicht konnte aber der allmählichen Anerkennung einer Vorgesellschaft bald nicht mehr gerecht werden. Die vorzeitige Geschäftsaufnahme im Gründungsstadium wurde teilweise unumgänglich, namentlich bei Einbringung eines Handelsgeschäftes im Wege der Sacheinlage. Von einer Strafffunktion des § 11 II GmbHG konnte angesichts dessen nicht mehr ausgegangen werden (5). Mit der uneingeschränkten Anerkennung der Vorgesellschaft

(1) Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 68

(2) RGZ 47, 1, 2 f.; 66, 302, 304; Staub-Pinner, § 200, Anm. 9; wohl auch Brodmann, § 11 GmbHG, Anm. 3; heute wohl noch Riedel, BB 1974, 1459 ff.

(3) Vgl. RGZ 47, 1, 2 f.

(4) Staub-Pinner, § 200, Anm. 9

(5) RGZ 159, 33, 43; der BGH hat sich dem ausdrücklich angeschlossen in BGHZ 47, 25, 29; heute ganz hM, vgl. nur Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 68; Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 19

als mögliche Trägerin von Verbindlichkeiten kann dieser Funktion nach heutigem Verständnis erst recht keine Geltung mehr zugebilligt werden.

b) Sicherungsfunktion

In der eben genannten Ansicht von einer Straffunktion des § 11 II GmbHG kam aber zugleich schon zum Ausdruck, daß wegen des fehlenden Verpflichtungspartners bei rechtsgeschäftlichem Handeln dem Gläubiger ein Schuldner zur Verfügung gestellt werden müsse. Damit wurde bereits im Ansatz mit auf eine Sicherungsfunktion des § 11 II GmbHG zugunsten von Gläubigern abgestellt (1). Diese Sicherungsfunktion ist daningehend zu verstehen, daß den Gläubigern jedenfalls dann ein Schuldner zur Verfügung steht, wenn es nicht zur Entstehung der GmbH kommt oder sich diese weigert, die Verpflichtungen aus den vorzeitigen Geschäften zu übernehmen (2). Damit sollte zugleich als gewisser Nebeneffekt eine Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Tätigkeit im Gründungsstadium erreicht werden (3). Die Annahme einer Sicherungsfunktion war vor allem aus der Anerkennung des Vorbelastungsverbotes heraus zu verstehen. Auf dieser Grundlage konnte es eine Reihe von Verbindlichkeiten aus dem Gründungsstadium geben, die nicht automatisch auf die entstandene GmbH übergingen. Da aber die Vorgesellschaft ab Eintragung nicht mehr existierte, stünden ab diesem Zeitpunkt in dem genannten Fall die Gläubiger der Vorgesellschaft ohne den § 11 II GmbHG schutzlos da. Diese sollten daher auf den ihnen am nächsten Stehenden, eben denen ihnen gegenüber Handelnden, zugreifen können.

(1) Darauf weist K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 331, hin

(2) Vgl. BGHZ 47, 25, 29; Dregger, Haftungsverhältnisse, 106

(3) Kuhn, WM-Sonderbeilage 5/1956, 6

Aber auch diese Ansicht muß wegen der zwischenzeitlichen Rechtsentwicklung als überholt betrachtet werden (1). Die Vorgesellschaft hat für die zu ihren Lasten begründeten Verbindlichkeiten selbst einzustehen, außerdem haften auch noch die Gründer. Die Gläubiger haben also auf jeden Fall im Gründungsstadium einen Schuldner. Mit Wegfall des Vorbelastungsverbotes und Anerkennung des uneingeschränkten Überganges von Verbindlichkeiten auf die entstandene GmbH kann sich auch das oben angedeutete Problem der schutzlosen Gläubiger nach Eintragung der GmbH und Wegfall der Vorgesellschaft nicht mehr ergeben. Den Gläubigern steht daher in jedem Stadium der GmbH bereits ein Schuldner zur Verfügung. Einer weiteren Sicherung über § 11 II GmbHG bedarf es vordergründig nicht mehr. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß diese Vorschrift dann als Ausgleich für die noch nicht erfolgte Kontrolle der Kapitalgrundlage angesehen werden könne (2). Denn damit wurde bereits die Haftung der Gründer begründet, die der Kapitalgrundlage sowieso näher stehen. Insoweit ist der fehlenden Kontrolle auch ausreichend Rechnung getragen. Eine auf die nicht ausreichend gesicherte Kapitalgrundlage bezogene Sicherungsfunktion der Handlungshaftung vermag also nicht zu überzeugen, zumal die Erhaltung der Kapitalgrundlage in erster Linie den Gründern, nicht den Geschäftsführern obliegt. Es kann nicht angehen, den § 11 II GmbHG letztlich zu einer Art Kapitalerhaltungsvorschrift auszudehnen.

Nichts anderes ergibt sich aber auch, wenn man auf ein Geschäft mit der zukünftigen GmbH abstellt. Dies wäre letztlich die Frage danach, wer durch das vorzeitige Handeln vertreten wird (3). Entsteht die GmbH, so trifft sie die Verbindlichkeit, entsteht

- (1) So schon Lieb, DB 1970, 967; K. Schmidt, GmbH-Rdsch 1973, 149; Wiedemann, Jura 1970, 465; vgl. auch Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 19; Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 69, jeweils m. w. N.
- (2) So aber BGHZ 80, 182, 184; Fleck, WM 1983, 14; Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 19 a. E.
- (3) Dazu näher unten I 2. b

sie nicht, so bleibt auch das entsprechende Geschäft zumindest schwebend unwirksam. Ob es dann eine Vertrauenshaftung zugunsten des enttäuschten Geschäftspartners gibt, läßt sich bereits aus den allgemeinen Regeln herleiten, dazu bedarf es jedenfalls nicht einer Sicherung über § 11 II GmbHG (1).

c) Druckfunktion

Als sonst noch einleuchtende Funktion des § 11 II GmbHG wurde auf eine Druckfunktion abgestellt. Damit sollten die Geschäftsführer angehalten werden, für die alsbaldige Eintragung der GmbH zu sorgen, um so der persönlichen Haftung zu entgehen (2). Dem berechtigten Anliegen, das Gründungsstadium besonders im Interesse der Geschäftspartner und Gläubiger so kurz wie möglich zu halten, wird dadurch Rechnung getragen. Die Anmeldung als solche muß nach § 78 GmbHG von den Geschäftsführern vorgenommen werden, sie haben also den für die Eintragung maßgeblichen Akt durchzuführen. Unter dieser Prämisse trifft der Druck aus § 11 II GmbHG die Richtigen.

Diese Begründung erscheint indessen zu oberflächlich. Rein vordergründig ist eine unbeschränkte persönliche Haftung für ein Verzögern der Eintragung ein allzu "grobes Geschütz", hier wären Ordnungsmittel wie etwa gemäß § 14 II HGB angebrachter (3). Hinzu kommt, daß die Eintragung nicht allein von den Geschäftsführern abhängt. Zum einen sind die gemäß § 3 I GmbHG erforderlichen Unterlagen fast ausnahmslos nur von den Gründern zu erbringen, Geschäftsführer können z. B. nicht ihre eigene Legitimation im Sinne von § 8 I Nr. 2 GmbHG oder Sach-

- (1) Vgl. dazu auch F. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 144
- (2) Dröggler, Haftungsverhältnisse, K. Schmidt, GmbH-Rdsch 1973, 147, 152; Ulmer in Hachenburg, § 11, RdNr. 69 a. E.; 33H LM Nr. 10 zu § 11 GmbHG
- (3) Lieb, DB 1970, 967

gründungsverträge im Sinne von § 8 I Nr. 4 GmbHG selbständig erstellen. Zum anderen hängt die Durchführung des Eintragungsverfahrens vom Registergericht ab (1), hierauf haben die Geschäftsführer außer im Falle der Erfüllung weiterer Auflagen keinen Einfluß. Ihnen dafür aber die Haftungsverantwortung aufzuerlegen, erscheint allzu unbillig. Das Gründungsstadium würde damit überwiegend zu Lasten der Geschäftsführer wirken, obwohl dessen Dauer größtenteils außerhalb ihrer Einflusssphäre liegt. Insoweit kann eine Druckfunktion des § 11 II GmbHG also nicht anerkannt werden (2).

Eine Druckfunktion läßt sich allenfalls aus dem Gesichtspunkt, daß die Gläubiger der Vorgesellschaft die dortigen Beteiligungsverhältnisse meist nicht kennen, dergestalt begründen, daß die Geschäftsführer die Gläubiger in geeigneter Weise an die wahren Verpflichteten, nämlich die Vorgesellschaft und die Gründer als deren Gesellschafter verweisen. Tun sie das nicht, riskieren sie die persönliche Inanspruchnahme. Auf diese Weise würde zumindest das Postulat, daß die Gläubiger tatsächlich den vorgesehenen Geschäftspartner erhalten, erfüllt, die Geschäftsführer haben für die Erfüllung des Postulats geradezustehen (3). Zwar stellt sich auch hierbei das Problem der Verhältnismäßigkeit zwischen Mittel und Zweck, indessen erscheint diese Auslegung der Druckfunktion in Verbindung mit einer entsprechend engen Auslegung der Voraussetzungen und des Inhalts der Handlungshaftung eine völlige Funktionslosigkeit des § 11 II GmbHG zu vermeiden. Ob das im Ergebnis zutrifft, hängt aber neben der Auslegung auch von der Stellung und dem Verhältnis der Handlungshaftung im Gesamthaftungssystem der Vorgesellschaft ab, was weiter unten (4) noch näher

(1) Binz, Haftungsverhältnisse, 251; Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 19

(2) So auch, wenngleich mit unterschiedlicher Begründung Scholz/Winter, aaO.; Binz, aaO.; M. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 146

(3) Auf dieses Postulat stellt Fleck, ZGR 1975, 221, ab

(4) Unten bei II 4. und 5.

erörtert werden soll. Die hier gezeigte Auslegungsmöglichkeit besagt also noch nichts Endgültiges über ihre tatsächliche Berechtigung und Richtigkeit.

2. Einzelfragen zu § 11 II GmbHG

a) Begriff des Handelnden

Die Frage nach der Funktion des § 11 II GmbHG war immer schon mit der Auslegung des Handelndebegriffes verbunden (1). Eine weitere Auslegung des Begriffes folgte aus der Auffassung, die der Handlungshaftung Strafcharakter beimaß, da nur so eine rechtsgeschäftliche Betätigung im Gründungsstadium verhindert werden konnte (2). Da aber dem § 11 II GmbHG kein Strafcharakter zuzusprechen ist, kann die darauf gestützte weite Auslegung des Handelndebegriffes nicht aufrecht erhalten werden. Die gegenteilige Ansicht (3), die für § 11 II GmbHG auch eine bloße Zustimmung zum Handeln genügen läßt, geht an der Funktion der Gründerhaftung vorbei. Die Gründerhaftung wird erst durch die Haftung der Vorgesellschaft für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten, die inrerseits nur aufgrund des Einverständnisses bzw. der Zustimmung der Gründer für die Vorgesellschaft entstehen, bewirkt. Damit wird das "Handeln" im Wege einer Zustimmung bereits als haftungsbegründendes Element relevant, eines nochmaligen Heranziehens zur weiteren Begründung der Haftung bedarf es nicht.

Unter Berücksichtigung der oben dargelegten Sicherungs- oder Druckfunktion ist eine weite Auslegung des Handelndebegriffes

(1) Vgl. Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 70

(2) Vgl. statt aller Riedel, BB 1974, 1459 ff.

(3) Heute noch Riedel, aaO.; auch Sudhoff, GmbH-Rdsch 1965, 108

ebenfalls nicht angebracht (1). Im Verhältnis zu den Geschäftspartnern sind eben nur die Geschäftsführer die Handelnden, da nur ihnen die Außenvertretung der Vor-GmbH zukommt. Dies gilt auch für die eben angeführte Interpretation der Druckfunktion, auch hier kommt es allein auf die Geschäftsführer an. Aus all diesen vorstehenden Gründen ist § 11 II GmbHG als reine Organhaftung zu qualifizieren, Handelnde können also nur die Geschäftsführer sein, nicht auch zustimmende Gründer (2). Auf diese Weise ist eine klare Abgrenzung der Haftung der Vorgesellschaft und der daran Beteiligten auf der einen Seite und der Organe der Vorgesellschaft auf der anderen Seite möglich. Diese Abgrenzung erscheint deshalb auch notwendig, weil die persönliche Haftung der Gründer an der Unternehmensträgerschaft, die der Organe an der Unternehmensleitung anknüpft. Diese unterschiedlichen Anknüpfungspunkte können nicht über eine einheitliche Erfassung in § 11 II GmbH gleichgestellt werden (3). Wenn die Gründer eine Zustimmung zu rechtsgeschäftlicher Tätigkeit erteilen, so ist dies nichts anderes als ein Akt im Innenverhältnis der Vorgesellschaft. Der § 11 II GmbHG knüpft aber an ein Handeln an, damit kann nur ein Akt im Außenverhältnis gemeint sein. Dies ergibt sich nicht zuletzt auch daraus, daß § 11 II GmbHG gegenüber Gesellschaftern nicht eingreift (4), also nicht im Innenverhältnis gilt.

Es läßt sich demnach festhalten, daß der Handelndenbegriff eng auszulegen ist und nur die Geschäftsführer erfaßt, nicht hingegen sonstige Personen.

(1) Vgl. Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 72 a. E.

(2) K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 335; ders. in GmbH-Rdsch 1973, 152; Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 72; Rob. Fisscher, § 11 GmbHG, Anm. 3 b

(3) Vgl. K. Schmidt, GmbH-Rdsch 1973, 151

(4) Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 78 m. w. N.

b) Handeln in wessen Namen?

Unter dieser Frage ist die Frage zu verstehen, wer Verpflichteter aus dem rechtsgeschäftlichen Handeln der Geschäftsführer ist, um die Haftung aus § 11 II GmbHG überhaupt auszulösen. Hierzu kommen zwei Möglichkeiten in Betracht, einmal die zukünftige GmbH, auf der anderen Seite die Vorgesellschaft. Ein Handeln im Namen der einzelnen Gründer kommt hingegen nicht in Betracht, denn die Geschäftsführer verwenden in der Regel bereits den Namen der GmbH, also deren Firma (1). Mit dem Gebrauch der Firma wird aber nur die Vorgesellschaft als solche identifiziert, nicht die einzelnen Gründer. Zwar bilden die Gründer die Vorgesellschaft, könnten also insofern unmittelbar betroffen sein, jedoch ist dabei die Gesamthandsstruktur der Vorgesellschaft zu berücksichtigen. Die Gesamthandsgesellschaft ist soweit verselbständigt, daß sie auch im Rechtsverkehr individualisierbar ist, bei der Vor-GmbH also durch den Gebrauch der Firma. Ein Handeln im Namen der Gründer bedarf also zusätzlicher ausdrücklicher Erklärung, die im Wirkungsbereich des § 11 II GmbHG aber nie vorliegt. Damit wird zugleich klar, daß es für die Handlungshaftung auf das Vorliegen bzw. den Umfang einer Vertretungsmacht nicht ankommt (2).

Die eingangs erwähnte Differenzierung zwischen Vorgesellschaft und zukünftiger GmbH bei der Frage nach dem Verpflichteten dürfte auf praktische Durchführungsschwierigkeiten stoßen (3). Wird von den Handelnden lediglich die Firma der zukünftigen GmbH ohne einen auf das Gründungsstadium hinweisenden Zusatz verwendet, so ergibt sich daraus nicht schon, daß nur die zukünftige GmbH gemeint sein soll. Denn wie bereits dargelegt,

- (1) Rob. Fischer, § 11 GmbHG, Anm. 1 c; Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 4, die aber noch einen auf das Gründungsstadium hinweisenden Zusatz verlangen. Ob die Praxis sich daran hält, darf bezweifelt werden.
- (2) Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 76; Rob. Fischer, Urteilsanm. zu BGH LM Nr. 5 zu § 11 GmbHG; BGH LM Nr. 10 zu § 11 GmbHG
- (3) Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 75, 76

ist die Vorgesellschaft zur Firmenführung schon berechtigt, bei Verwendung der Firma kann also auch die Vorgesellschaft gemeint sein.

Nun liegt es aber nahe, dann ein Handeln sowohl namens der Vorgesellschaft als auch der zukünftigen GmbH anzunehmen (1). Damit würde zugleich der erwähnten Undurchführbarkeit einer Unterscheidung im obigen Sinne Rechnung getragen. Indessen ist aber noch entscheidend zu beachten, daß der Geschäftspartner der Vorgesellschaft bereits mit Geschäftsabschluß einen Vertragspartner erhalten will, nicht erst in ungewisser Zukunft. Umgekehrt schließt die Vorgesellschaft das Geschäft auch in aller Regel zwecks sofortiger Durchführung ab. Ein Geschäftsabschluß für die zukünftige GmbH ist zwar andererseits nicht ausgeschlossen, bedarf dann aber ausdrücklicher Vereinbarung.

Wird nun bei Geschäftsabschluß unter der Firma der GmbH gehandelt, so ist im Interesse des Rechtsverkehrs allein ein Handeln namens der Vorgesellschaft anzunehmen, damit eben diese auch verpflichtet wird. Bei einem Handeln namens der zukünftigen GmbH wird die Verpflichtung auch erst mit Eintragung der GmbH wirksam, eine gegenwärtige Verpflichtung fehlt noch (2). In einem solchen Fall ist also für § 11 II GmbHG gar kein Raum. Dem Geschäftspartner ist dann auch klar, daß im Moment der gewünschte Vertragspartner noch gar nicht existiert, der Geschäftspartner selbst kann und muß dann damit rechnen, daß das angestrebte Geschäft nicht zustande kommt. Wieso er dann auf eine Verpflichtung der GmbH vertrauen darf (3), ist nicht einsichtig. Vom Gesetzeswortlaut her verbietet

- (1) Vgl. Wiedemann, JurA 1970, 464; BGHZ 53, 210, 211 mit Anm. Fleck in LM Nr. 17 zu § 11 GmbHG
- (2) Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 75; K. Schmidt, GmbH-Rdsch 1973, 150; wohl auch Lieb, DB 1970, 963
- (3) So aber Fleck, ZGR 1975, 221

sich die Auslegung des Handelns in dem Sinne, daß nur für die Vorgesellschaft gehandelt worden sein muß, ebenfalls nicht (1).

Es bleibt demnach festzuhalten, daß es für die Handlungshaftung nur auf ein Handeln für die Gesellschaft ankommt, nicht aber auf die Bezeichnung (2). Verpflichtet wird dann, entsprechende Ermächtigung durch die Gründer vorausgesetzt, die Vorgesellschaft. Ein Abstellen auf ein Handeln für die zukünftige GmbH oder sowohl für diese als auch für die Vorgesellschaft kommt nicht in Betracht.

c) Haftungsinhalt

Wenn § 11 II GmbHG von Haftung spricht, so kann damit doch zweierlei gemeint sein, nämlich einmal Erfüllung als eigene Verpflichtung oder zum anderen Schadensersatz. Unter Zugrundelegung einer Sicherungsfunktion der Handlungshaftung liegt es nahe, den Handelnden auf Erfüllung als Selbstschuldner haften zu lassen (3). Dies entspräche auch den Gläubigerinteressen, sie stünden jedenfalls nicht schlechter als wenn die GmbH bereits entstanden und damit selber verpflichtet wäre. Der Handelnde rückt dann also an die Stelle des eigentlich vorgesehenen Vertragspartners. Mit dem gewandelten Funktionsverständnis der Handlungshaftung hin zu einer - wenn auch zweifelhaften - Druckfunktion läßt sich diese Auslegung des Haftungsinhalts nicht mehr rechtfertigen. Die Sicherungsfunktion des § 11 II GmbHG ist überholt. Mit der Verpflichtung der Vorgesellschaft

(1) Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 23

(2) Vgl. Dregger, Haftungsverhältnisse, 108; K. Schmidt, GmbH-Rdsch 1973, 150; Dilcher, JuS 1966, 95 unter Hinweis auf das AktG und § 64 S. 2 BGB

(3) So die hM, vgl. statt aller Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 27; Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 79

und der Handlungshaftung würden nach obiger Ansicht die Gläubiger zwei Schuldner bekommen, die beide auf Erfüllung haften. Eine solche Bevorzugung der Gläubiger leuchtet nicht ein (1).

Im übrigen kann auch die Sicherungsfunktion konsequenterweise nur zu einer Garantiehafung des Handelnden führen, nämlich ein Entstehen für das Nichtzustandekommen des versprochenen rechtlichen Kontaktes (2). Daß der Handelnde selbst Schuldner des Rechtsgeschäftes werden soll, ist in aller Regel nicht gewollt und wäre bei allein von der GmbH bzw. der Vorgesellschaft erbringbaren Leistungen auch unmöglich. Schuldner soll eben nur die Vorgesellschaft oder die GmbH sein. Dieser stehen ja auch die Ansprüche aus dem jeweiligen Rechtsgeschäft zu. Damit wird es endgültig sinnwidrig, den Handelnden auf Erfüllung haften zu lassen, ihm aber auf der anderen Seite das Recht abzusprechen, zumindest Erfüllung an die Vorgesellschaft zu verlangen (3). Mit einer Sicherungsfunktion des § 11 II GmbHG läßt sich das jedenfalls nicht mehr vereinbaren.

Im Sinne der oben dargelegten Druckfunktion ist eine Haftung auf Erfüllung mit all ihren gezeigten Konsequenzen hingegen völlig unverhältnismäßig. Kein Geschäftsführer wird sich freiwillig bereitfinden, trotz entsprechender Ermächtigung durch die Gründer rechtsgeschäftlich tätig zu werden, wenn er damit rechnen muß, persönlich auf Erfüllung in Anspruch genommen zu werden. Der Druckfunktion der Handlungshaftung ist mit einer Haftung auf das Interesse vollauf Genüge getan. Mit einer solchen werden sich auch die Gläubiger in aller Regel zufrieden geben. Leitet man nun auch aus der Druckfunktion eine gewisse

(1) Vgl. BGHZ 69, 95, 103

(2) Vgl. BGHZ 69, 95, 103; Fleck, ZGR 1975, 221

(3) So die hM, vgl. statt aller Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 31 mit zahlreichen Nachweisen

Garantiestellung des Handelnden ab, dann geht diese nur so weit, als daß das Garantierte auch eintritt. Das ist aber allenfalls die Eintragung oder unter Zugrundelegung der hier angedeuteten Möglichkeit die Vermittlung der wahren Schuldner. Daß dies alles noch in einem Zusammenhang mit der Erfüllung stehen soll, vermag nicht einzuleuchten. Andererseits wird aber auch nicht verkannt, daß ein Zusammenhang mit einer Haftung auf das Interesse ebenfalls schwer herzustellen ist. Gleiches gilt für die Frage der Verhältnismäßigkeit, denn auch die Haftung auf das Interesse ist zunächst unbegrenzt. Diese Probleme sollen hier aber noch nicht vertieft werden, sondern an anderer Stelle (1) mit in die Betrachtung einbezogen werden.

Jedenfalls bleibt zunächst festzuhalten, daß sich die Annahme einer Haftung auf Erfüllung angesichts der geänderten Funktion des § 11 II GmbHG nicht aufrechterhalten läßt und daher nur noch eine Haftung auf das Interesse angebracht ist. Der Wortlaut des § 11 II GmbHG steht dieser Auslegung nicht entgegen, dort ist allgemein von "haften" die Rede, womit aber prinzipiell beides gemeint sein kann.

d) Dauer

Über die Dauer der Handlungshaftung sagt das Gesetz selbst nichts aus. Von daher wird die Ansicht vertreten, daß die Haftung uneingeschränkt andauert (2), es sei denn, eine Haftungsbefreiung wurde vereinbart. Diese Ansicht läßt sich aber ebenfalls nicht mit der Druckfunktion und auch nicht mit der Sicherungsfunktion in Einklang bringen. Danach wird die Handlungshaftung spätestens mit Eintragung funktionslos, die Gläubiger

(1) Unten unter II 4. c

(2) Ballerstedt, ZHR 127, 101; wohl auch Wiedemann, Jura 1970, 465; Ulmer in Hachenburg, § 11, RdNr. 83

erhalten dann definitiv einen Schuldner bzw. ist das von den Geschäftsführern zu Betreibende erreicht. Den anzuerkennenden beteiligten Interessen läuft ein Erlöschen der Handlungshaftung im Zeitpunkt der Eintragung nicht zuwider. Die Gläubiger haben mit der GmbH auf jeden Fall einen Schuldner, die Geschäftsführer haften dann allenfalls zeitlich beschränkt. Angesichts der bereits dargelegten weitgehend restriktiven Auslegung des § 11 II GmbHG und der Funktionslosigkeit der Handlungshaftung nach Eintragung der GmbH ist die Haftungsdauer daher als bis zum Eintragungszeitpunkt beschränkt anzusehen (1). Dem kann nicht entgegengehalten werden, § 41 II AktG gehe vom Fortbestand der Haftung aus, was folglich auch für die GmbH gelten müsse (2). Insoweit ist bei § 41 II AktG von einer Sondernorm für das Aktienrecht auszugehen, dessen Übertragung auf die GmbH bedenklich erscheint, da mit Wegfall des Vorbelastungsverbot für die GmbH insoweit eine andere Situation besteht. Ob der Wegfall des Vorbelastungsverbot für das Aktienrecht anzuerkennen ist, ist angesichts des § 41 I 2 AktG zumindest zweifelhaft, was hier aber nicht vertieft werden soll.

e) Rückgriffsanspruch

Verschiedentlich wird ein Rückgriffsanspruch der Geschäftsführer gegen die Gesellschaft angenommen, wenn sie gemäß § 11 II GmbHG von Gläubigern in Anspruch genommen wurden (3). Teils wird dies auf die Vorschriften über das Auftragsverhältnis, insbesondere § 670 BGB gestützt (4), teils wird die Ansicht vertreten, der Anspruch ergebe sich aus dem Anstellungsver-

-
- (1) So jetzt ausdrücklich BGHZ 80, 182, 185; Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 32; zuvor schon Dregger, Haftungsverhältnisse, 109 und Flume, Festschrift für Geßler, 45
 - (2) Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 83
 - (3) Flume, Festschrift für Geßler, 34; K. Schmidt, GmbH-Rdsch 1973, 152; Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 33; Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 86
 - (4) Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 33

hältnis des Geschäftsführers (1). Diese Ansichten sind insofern konsequent, als daß sie der Stellung der Geschäftsführer als Angestellter und nicht als Mitglied der Vorgesellschaft Rechnung tragen. Bedenklich sind die Ansichten zumindest dann, wenn ein Geschäftsführer zugleich Gesellschafter ist und dennoch soll Regreß nehmen können, ihn trifft dann letzten Endes doch wieder die Haftung der Gründer für Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft. Konsequenterweise wäre von daher ein Rückgriffsanspruch der Fremdgeschäftsführer zu bejahen, der der Gesellschafter-Geschäftsführer hingegen zu verneinen. Das erscheint aber in dogmatischer Hinsicht problematisch, da aus den angenommenen Anspruchsgrundlagen eine derartige Differenzierung nicht herleitbar ist.

Durch die Rückgriffsproblematik wird aber ein anderer Gesichtspunkt deutlich: über den Rückgriffsanspruch in Verbindung mit der Gründerhaftung stehen letzten Endes immer die Gründer für ein rechtsgeschäftliches Tätigwerden im Gründungsstadium ein. Die Handlungshaftung verkommt damit zu einer unter Umständen unnötigen Zwischenstufe. Naheliegender wäre es, den Umweg über die Geschäftsführer auszuschließen und damit den direkten, letzten Endes auch notwendigen Zugriff auf die Vorgesellschaft und die Gründer zu eröffnen. Mit dieser Möglichkeit würden die gezeigten dogmatischen Schwächen der Handlungshaftung hinfällig, § 11 II GmbHG funktionslos. Ob dies auch rechtlich fundiert ist, muß die nun folgende Untersuchung zum Verhältnis Gründerhaftung - Organhaftung im Gründungsstadium speziell bei rechtsgeschäftlicher Tätigkeit ergeben. Für die Handlungshaftung bleibt festzuhalten, daß ihr zahllose Schwächen im Anwendungsbereich anhaften, die unter den heute gegebenen Umständen rechtlicher und tatsächlicher Natur deren Funktionslosigkeit bereits nahelegen.

(1) Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 86

II Verhältnis zwischen Gründerhaftung und Handlungshaftung

1. Grundlage für das rechtsgeschäftliche Tätigwerden im Gründungsstadium

Oben wurde bei der ersten Untersuchung zur Vertretungsmacht der Gesellschaftsorgane zu deren Umfang festgestellt, daß dabei im Gründungsstadium lediglich auf zur Eintragung erforderliche Maßnahmen abzustellen ist (1). Die Vertretungsmacht wurde also schon dort als begrenzt angesehen. Die Frage der Vertretungsmacht soll im folgenden insbesondere im Hinblick auf rechtsgeschäftliche Tätigkeit nochmals aufgegriffen und eingehend untersucht werden. Dabei soll in erster Linie auf Fremdgeschäftsführung abgestellt werden. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer unterliegt in der Regel den gleichen rechtlichen Vorschriften wie ein Fremdgeschäftsführer, so daß bezüglich des Ersteren nur etwaige Besonderheiten aufzuzeigen sind. Soweit das Spezialproblem der Zulässigkeit von Fremdorganschaft angesprochen wird, stellt sich dies bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer an sich nicht, denn man kann dann von Selbstorganschaft ähnlich wie bei einer Personengesellschaft sprechen.

a) Gesellschaftsvertrag

aa) Anwendbarkeit gesetzlicher Regelungen

Als gesetzliche Grundlage für die Frage der Vertretungsmacht kommt bei der GmbH nur § 37 II GmbHG in Betracht. Dessen Anwendbarkeit vorausgesetzt, käme den Geschäftsführern bereits im Gründungsstadium unbegrenzte Vertretungsmacht zu, also auch

(1) Oben bei § 3 II 1. b

für rechtsgeschäftliche Tätigkeit (1). Mit dieser Auslegung ließen sich auf jeden Fall Schwierigkeiten bei der Feststellung des jeweiligen Umfangs der Vertretungsmacht vermeiden, der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit (2) wäre damit durchaus gedient. Andererseits muß aber berücksichtigt werden, daß die Vorgesellschaft primär nur der Errichtung der GmbH dienen soll, nicht bereits umfangreicher rechtsgeschäftlicher Tätigkeit. Ihr wird zwar diese Möglichkeit zuerkannt, jedoch soll es nicht von vornherein Merkmal der Vorgesellschaft sein, praktisch als Handelsgesellschaft anzusehen zu sein. Um diesem begrenzten Zweck gerecht zu werden, kann nur eine dementsprechend begrenzte Vertretungsmacht der Geschäftsführer anerkannt werden. Die allgemeine Rechtssicherheit verlangt keineswegs zwingend eine unbegrenzte Vertretungsmacht im Gründungsstadium. Eher läßt sich das Gegenteil belegen, nämlich die Vermutung für nur begrenzte Handlungsmöglichkeit der Vorgesellschaft im Rechtsverkehr, sofern es keine besonderen Umstände gibt, die in andere Richtung deuten. Jedenfalls kann nicht davon ausgegangen werden, daß § 37 II GmbHG allumfassend auch im Gründungsstadium gilt und somit die Vertretungsmacht der Geschäftsführer von vornherein unbegrenzt wäre. Im Gründungsstadium ist prinzipiell zunächst von begrenzter Vertretungsmacht auszugehen.

Zunächst ist hierbei noch die Problematik der Fremddorganschaft zu beachten (3). Deren Zulässigkeit wurde unter anderem nur deshalb bejaht, weil die Gründer im Gründungsstadium noch hinreichend Einflußmöglichkeit, z. B. gemäß § 37 I GmbHG, auf die Geschäftsführer haben, insbesondere wählen sie diese aus. Eine von vornherein unbegrenzte Außenvertretungsmacht würde nun da-

(1) Vgl. dazu die oben bei § 3, S. 88, FN 2 Genannten

(2) Vgl. Binz, Haftungsverhältnisse, 58

(3) Zu deren Zulässigkeit vgl. oben bei § 3 II 4. c

zu führen, daß die Gründer als Gesamthänder nur eingeschränkt die Möglichkeit hätten, auf die Tätigkeit der Vorgesellschaft als Gesamthand Einfluß zu nehmen, gleichwohl aber unbeschränkt dafür einzustehen haben. Die Gründer als Gemeinschaft wären insoweit entmachtet (1). Dies läuft aber der Einordnung der Vorgesellschaft als Gesamthand zuwider, eine Fremddorganschaft kann nicht dazu führen, daß die Gesamthänder ohne jegliche Einflußmöglichkeit sind und dennoch einer persönlichen Haftung unterliegen. Auch aus diesem Grunde muß die Vertretungsmacht der Geschäftsführer im Gründungsstadium als begrenzt angesehen werden.

Für § 37 II GmbHG muß demnach davon ausgegangen werden, daß diese Vorschrift an die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft anknüpft und von daher im Gründungsstadium nicht anwendbar ist. Es kann nun nicht auf andere gesetzliche Vorschriften wie etwa § 126 II HGB abgestellt werden, um so doch zu einer vom Gesetz her unbegrenzten Vertretungsmacht zu gelangen (2). Für § 126 II HGB ist darauf zu verweisen, daß dieser für eine Handelsgesellschaft gilt, das ist die Vor-GmbH aber keineswegs von vornherein. Im Interesse des Handelsverkehrs mag eine unbeschränkte Vertretungsmacht unumgänglich sein (3), diese Interessenlage besteht aber bei einer nicht rechtsgeschäftlich tätigen Vor-GmbH gerade nicht. Die Vorschriften über eine unbegrenzte Vertretungsmacht sind nur auf bestimmte Konstellationen zugeschnitten, die auf die Vor-GmbH nicht von vornherein zutreffen. Die Möglichkeit einer unbegrenzten Vertretungsmacht der Geschäftsführer muß aber auf anderem Wege gefunden werden.

(1) Vgl. Flume, Personengesellschaft, 240 ff.

(2) In diesem Sinne aber Rob. Fischer, § 11, GmbHG, Anm. 2 c a. E.

(3) Vgl. M. Scholz, Haftung im Gründungsstadium, 29

bb) Ausdrückliche vertragliche Regelung

Die Möglichkeit gesellschaftsvertraglicher Regelung ergibt sich ohne weiteres aus § 6 III 2 GmbHG. Durch derartige Gestaltung bringen die Gründer zum Ausdruck, daß die Vor-GmbH Rechtsgeschäfte tätigen darf, die für und gegen diese wirken sollen. Fraglich bleibt dabei, ob dies auf einzelne Tätigkeiten begrenzt werden kann. Dazu ist nun darauf zu verweisen, daß die entstandene GmbH gemäß § 13 III GmbHG ohne weiteres Handelsgesellschaft ist, gleiches gilt für die Vorgesellschaft, die ein vollkaufmännisches Gewerbe betreibt (1). In diesen Fällen ist der eben angedeutete Gedanke einer unbegrenzten Vertretungsmacht ohne Bedenken anwendbar. Auf jeden Fall ist zu beachten, daß die Vorgesellschaft ein Vorstadium zu einer Handelsgesellschaft darstellt. Betätigt sie sich nun aufgrund eigenen Statuts wie eine Handelsgesellschaft, egal ob mit vollkaufmännischem Gewerbe oder nicht, so muß ihr dieses Vorstadium zur Handelsgesellschaft zugerechnet werden. Der Gedanke der Rechtssicherheit und Rechtseinheit führt dann dazu, bei gesellschaftsvertraglich vorgesehener Möglichkeit zur rechtsgeschäftlichen Tätigkeit von einer unbegrenzten Vertretungsmacht der Geschäftsführer auszugehen (2). Dies ist auch mit den Interessen der Gläubiger zu befürworten, da diesen eine Begrenzung der Vertretungsmacht auf bestimmte Rechtsgeschäfte nicht bekannt ist und ohne entsprechende Unterrichtung auch nicht erkennbar ist. Eine Erkundigungsmöglichkeit fehlt mangels Eintragung gerade noch.

Dem kann nun nicht das Argument einer unzulässigerweise unbegrenzten Fremddorganschaft entgegengehalten werden. Wie oben bereits ausgeführt (3), haben die Gründer noch die vollständige

(1) Rob. Fischer, § 11 GmbHG, Anm. 2 c

(2) Vgl. Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 57; Febricius, Festschrift für Kastner, 105 f.; auch Immenga, Kapitalgesellschaft, 93

(3) Bei § 3 II 4. c

Weisungsbefugnis aus § 37 I GmbHG gegenüber den Geschäftsführern, sie haben sich mit der einschlägigen gesellschaftsvertraglichen Regelung also noch keinesfalls entmachtet. Außerdem steht es in ihrer Dispositionsbefugnis, die Außenvertretungsmacht in fremde Hände zu legen. Dies begegnet keineswegs rechtsgrundsätzlichen Bedenken (1), denn diese Möglichkeit der Fremdorganschaft bei einer Gesamthandsgemeinschaft ist unter bestimmten Umständen durchaus anerkannt (2). Dabei handelt es sich auch nur um eine Disposition über die Außenvertretungsmacht, die Geschäftsführung im Innenverhältnis verbleibt, wie § 37 I GmbHG zeigt, bei den Gründern. Letztlich ist noch auf die uneingeschränkte Widerrufsmöglichkeit des § 38 I GmbHG zu verweisen, die eine entscheidende Abweichung gegenüber der sonstigen gesellschaftsrechtlichen Regelung zum Abberufen von Gesellschaftsorganen darstellt (3).

Aus alledem ergibt sich, daß die Stellung des Geschäftsführers einer Vor-GmbH als unbegrenzt vertretungsberechtigtes Fremdorgan nicht mit der Stellung eines Fremdorgans einer sonstigen Personengesellschaft vergleichbar ist, die Vorbehalte gegenüber letzterem lassen sich nicht auf die Vor-GmbH übertragen. Damit bestehen auch keine Bedenken dagegen, durch gesellschaftsvertragliche Regelung den Geschäftsführern bereits im Gründungsstadium unbegrenzte Vertretungsmacht einzuräumen, diese ist aus den dargestellten Gründen dann auch

-
- (1) So aber Flume, Personengesellschaft, 245, der freilich die Möglichkeit einer Regelung dergestalt, daß die Gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter einen Dritten als Geschäftsführer mit Generalvollmacht für die Gesellschaft bestellen, einräumt (aaO., 246)
 - (2) Vgl. z. B. BGHZ 33, 105 ff. zum Entzug der Vertretungsmacht des einzig vertretungsberechtigten Gesellschafters; H. P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, 333, mit Hinweis auf § 146 HGB und zum Liquidationsstadium
 - (3) § 127 HGB: nur durch gerichtliche Entscheidung; § 34 III AktG: Aufsichtsrat muß tätig werden, nicht die Gesellschafter, diese können lediglich einen entsprechenden Beschluß fassen, an den der Aufsichtsrat aber nur im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens gebunden ist.

nicht begrenzbare. Das heißt mit anderen Worten, dem § 37 II GmbHG kann durch den Gesellschaftsvertrag doch Geltung für das Gründungsstadium verschafft werden.

b) Ermächtigung durch die Gründer

Es fragt sich aber, ob dazu unbedingt eine vertragliche Regelung erforderlich ist, oder ob nicht vielmehr ein einfacher Willensakt der Gründer ausreichend ist. In Betracht käme eine Zustimmung im Sinne der §§ 182 ff. BGB. So wird in der Tat die Ansicht vertreten, zur Erweiterung der Vertretungsmacht genüge die formlose Ermächtigung durch die Gründer (1). Diese Vorgehensweise wird den Bedürfnissen der Praxis zweifellos am ehesten gerecht (2), können sich die Gründer doch noch nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages bei passender Gelegenheit zur rechtsgeschäftlichen Tätigkeit der Vor-GmbH entschließen. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob dies auch so rechtlich durchführbar ist. Zur Klärung dieser Frage ist zunächst kurz die Rechtsnatur der "Ermächtigung" zu untersuchen, anschließend die Frage der Form.

aa) Rechtsnatur

Der BGH spricht in der zum Ausgangspunkt der Untersuchung genommenen Entscheidung von einer "Ermächtigung" (3). Damit könnte eine Ermächtigung im Sinne von §§ 183, 185 I BGB gemeint sein, aber auch eine weitergehende Bevollmächtigung. Denn Einwilligung, wozu die Ermächtigung auch zählt, und Voll-

(1) BGHZ 80, 129, 139; K. Schmidt, NJW 1981, 1345; John, BB 1982, 512

(2) Auf die Praktikabilität verweist besonders Ulmer, ZGR 1981, 601

(3) BGHZ 80, 129, 139, vgl. auch Leitsatz 1

machtserteilung sind einander verwandte Rechtsinstitute (1).

Die Ermächtigung ist ein Sonderfall der Einwilligung und damit der Zustimmung allgemein. Insofern müssen für sie die gleichen Grundprinzipien gelten wie für die Zustimmung. Die Ermächtigung ist ein Instrument der Arbeitsteilung beim Rechtsgeschäft (2). Um aber eine brauchbare Abgrenzung zu der verwandten Vollmachtserteilung zu erhalten, bedarf die Ermächtigung ihrerseits einer Begrenzung. Den Anknüpfungspunkt soll dazu § 185 I BGB liefern, der Fall der Verfügungs-ermächtigung. Man wird daher die Ermächtigung als Zustimmung des Berechtigten zur Ausübung eines ihm zustehenden Rechts durch einen Nichtberechtigten in dessen Namen ansehen können (3). Die entscheidenden Unterschiede zur Vollmachtserteilung bestehen demnach darin, daß der Ermächtigte in eigenem Namen handelt und seine Tätigkeit gegenstandsbezogen ist (4).

Aus dieser Definition der Ermächtigung ergibt sich aber, daß die "Ermächtigung" zur rechtsgeschäftlichen Tätigkeit bei der Vor-GmbH gerade keine Ermächtigung im rechtstechnischen Sinne sein kann. Denn einmal handeln bei der Vorgesellschaft die Ermächtigten, die Geschäftsführer, nicht in eigenem Namen, sondern gerade im Namen der (Vor-)GmbH. Zum anderen ist ihre Tätigkeit keineswegs rein gegenstandsbezogen. Durch die Geschäftsführertätigkeit werden nicht nur (fremde) Rechte ausgeübt, vielmehr werden auch Rechte erworben und Verpflichtungen eingegangen. Damit dies für die Vor-GmbH wirksam sein kann, müßte es sich bei der erteilten Ermächtigung auch um

(1) Vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, 896; Thiele in Münch.Kom., § 185, Rdnr. 33; beide mit Hinweis auf die Motive

(2) Vgl. Thiele in Münch. Kom., § 185, Rdnr. 41

(3) Vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, 903; Larenz, AT, 474

(4) Flume, Das Rechtsgeschäft, 904; Thiele in Münch. Kom., § 185, Rdnr. 33 und vor § 164, Rdnr. 39

Verpflichtungs- bzw. Erwerbsermächtigungen handeln. Solche Rechtsinstitute sind aber nicht anerkannt (1). Es ist vielmehr darauf abzustellen, daß die Geschäftsführer personenbezogen, nämlich in Bezug auf die Vor-GmbH handeln. Handeln in fremdem Namen und personenbezogenes Handeln sind aber gerade Merkmale der Stellvertretung, nicht der Ermächtigung (2).

Damit bleibt für die rechtliche Einordnung der "Ermächtigung" nur noch die Vollmachtserteilung. Wenn nun im folgenden trotzdem der Begriff der Ermächtigung verwendet wird, so ist dies untechnisch zu verstehen; es soll damit nur aus Gründen der Klarheit der vom BGH formulierte Begriff weiterverwendet werden. Zur Vollmacht ist zunächst grundsätzlich festzustellen, daß damit gemäß § 166 II 1 BGB nur die rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht gemeint ist. Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer ist aber dem Grunde nach organschaftlich, nämlich vom Gesetz angeordnet. Daraus ergibt sich, daß auch die Erweiterung der Vertretungsmacht, um die es im Rahmen der Ermächtigung zur rechtsgeschäftlichen Tätigkeit geht, die organschaftliche Vertretungsmacht berührt. Dennoch steht dies nicht entgegen, hier eine Bevollmächtigung anzunehmen. Denn einmal erfordert die Ermächtigung ein Übereinstimmendes Handeln der Gründer, also - wie noch zu zeigen sein wird - einen Übereinstimmenden Beschluß aller Gründer. Dieser ist aber ebenfalls ein Rechtsgeschäft (3). Zum anderen besagt die Organschaftlichkeit der Vertretungsmacht der Geschäftsführer nur etwas über die Entstehung ihrer Vertretungsmacht, nicht aber über deren konkrete Ausgestaltung (4). Da bei der Vor-

- (1) Bzgl. Verpflichtungsermächtigung ganz hM, vgl. nur Thiele in Münch. Kom., § 185, Rdnr. 47 m. w. N. in FN 69; Soergel-
Leptien, § 185, Rdnr. 39; BGH LM Nr. 9 zu § 185 BGB. Zur
Erwerbsermächtigung vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, 908
- (2) Vgl. Thiele in Münch. Kom., vor § 164, Rdnr. 39
- (3) Scholz/K. Schmidt, § 45, Rdnr. 21; Schilling in Hachen-
burg, § 45, Rdnr. 11
- (4) Zur Trennung zwischen Stellvertretung und Inhalt der Ver-
tretungsmacht vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, 785 ff. m.
w. N.

GmbH nur eine begrenzte Zuständigkeit der Geschäftsführer besteht, kann deren Erweiterung durchaus im Wege der Bevollmächtigung im rechtsgeschäftlichen Sinne erfolgen. Außerdem ist noch darauf abzustellen, daß die Vorgesellschaft den Geschäftsführern gegenüber durch die Gründer repräsentiert wird; diese ist ja auch nichts anderes als die Gründer als Gruppe. Somit kann die rechtliche Trennung zwischen Gründern und Vorgesellschaft doch nicht derart beachtlich sein, daß die Gründer als solche nicht mehr für die Vorgesellschaft handeln können (1). Das hat zur Folge, daß eine Bevollmächtigung der Geschäftsführer dergestalt, daß deren organschaftlichen Befugnisse erweitert werden, ohne weiteres möglich ist. Eine ausdrückliche gesellschaftsvertragliche Regelung braucht das nicht zu sein.

Für die Reichweite der so erteilten Vollmacht muß grundsätzlich das gleiche gelten wie für die gesellschaftsvertragliche Regelung bzgl. der rechtsgeschäftlichen Tätigkeit im Gründungsstadium. Das bedeutet, daß dann die Vertretungsmacht aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtseinheit unbegrenzt ist. Etwas anderes kann hier aber dann gelten, wenn die Gründer ausdrücklich nur zu einem bestimmten Geschäft ermächtigen, insoweit kommt das einer Spezialvollmacht gleich. Die praktische Relevanz einer solchen Spezialermächtigung dürfte aber gering sein, in der Regel soll doch umfassende rechtsgeschäftliche Tätigkeit ermöglicht werden. Dem § 37 II GmbHG kann also auch durch eine entsprechende Ermächtigung der Gründer Geltung im Gründungsstadium verschafft werden.

(1) So aber Ulmer, ZGR 1981, 601, der damit m. E. die rechtliche Verselbständigung der Vor-GmbH der der entstandenen GmbH gleichstellt.

bb) Form

Es fragt sich nun aber, ob diese Bevollmächtigung einer Form bedarf. In erster Linie ist dabei an das Formerfordernis des § 2 GmbHG zu denken. Diese Vorschrift findet nach einhelliger Ansicht auch für außerhalb der eigentlichen Satzungsfeststellung liegenden Vorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Ebene im Gründungsstadium Anwendung (1). Die Geschäftsführerbestellung muß nun aber nicht unbedingt durch den Gesellschaftsvertrag erfolgen, sie unterliegt gem. § 46 Nr. 5 GmbHG der Beschlußfassung durch die Gesellschafter. Dies gilt auch für die Bestellung im Gründungsstadium (2). Wie sich aus § 6 II 2 GmbHG in Verbindung mit §§ 47 ff. GmbHG ergibt, ist dies dann auch kein satzungsändernder Beschluß und bedarf demnach keiner Form. Wenn nun aber schon die Geschäftsführerbestellung außerhalb der Satzung keiner Form bedarf, dann muß dies erst recht für die bloße Erweiterung der Vertretungsmacht eines bereits benannten Organs gelten. Der Formzwang des § 2 GmbHG kann sich demgegenüber nur auf solche Regelungen erstrecken, für die er ausdrücklich angeordnet ist oder die im Gesellschaftsvertrag mitenthalten sind und von daher formbedürftig werden. Dazu zählt die nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages erteilte Ermächtigung aber nicht (3). Diese bedarf also auch aus rechtlichen Gründen keiner Form, nicht nur aus Praktikabilitätsgründen.

Damit bleibt hier festzuhalten, daß die Gründer die Geschäftsführer einstimmig zu rechtsgeschäftlicher Tätigkeit im Gründungsstadium bevollmächtigen können; dies kann formlos ge-

- (1) Vgl. statt aller Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 15 m. w. N.
- (2) BGHZ 80, 212, 214 f.; Rob. Fischer, § 11 GmbHG, Anm. 4
- (3) Anders Ulmer, ZGR 1981, 599 ff., der auf eine Warnfunktion des § 2 GmbHG abstellt. Diese kann doch aber auch nur bzgl. formbedürftiger Regelungen eingreifen. John, BB 1982, 512, FN 128, hält Ulmers Ansicht für bedenkenswert.

schehen. Die so bevollmächtigten Geschäftsführer haben Dritten gegenüber unbegrenzte Vertretungsmacht, im Innenverhältnis unterliegen sie aber den Beschränkungen durch die Gründer (1).

c) Ergebnis

Nach alldem steht fest, daß es die Gründer in der Hand haben, welchen Umfang an Vertretungsmacht sie den Geschäftsführern der Vor-GmbH zukommen lassen wollen. Die Regelung des § 37 II GmbHG gilt jedenfalls im Gründungsstadium nicht unmittelbar. Dadurch werden die Gründer aber letztlich zu den eigentlichen Veranlassern rechtsgeschäftlichen Handelns in der Gründungsphase. Ohne solche Veranlassung wären die Geschäftsführer als vollmachtlose Vertreter zu behandeln. Hieraus zeigt sich auch, daß die Gründer die eigentlichen Lenker der Vorgesellschaft sind; den Geschäftsführern kommt dort von Rechts wegen nur eine geringe Zuständigkeit zu. Dies gilt umso mehr, wenn die Geschäftsführer auch sonst dem Willen der Gründer unterworfen sind und sich an deren Vorstellungen zu halten haben. Inwieweit das der Fall ist, soll nunmehr untersucht werden.

2. Verantwortlichkeit der Gründer aufgrund Weisungsbefugnis

a) Stellung der Gründer im Verhältnis zu den Geschäftsführern

Bislang wurde nur die Stellung der Geschäftsführer, wenn auch nur im Hinblick auf bestimmte Aspekte, näher betrachtet. Nachdem nun aber die Ermächtigungsmöglichkeit der Gründer hervor-

(1) Dazu sogleich unter 2.

gehoben wurde, wird deutlich, daß die Gründer die eigentliche Ursache für rechtsgeschäftliche Tätigkeit der Vorgesellschaft setzen. Dies gilt genauso, wenn sie diese Möglichkeit durch gesellschaftsvertragliche Regelung schaffen. Daher soll im folgenden die Stellung der Gründer gegenüber den Geschäftsführern näher untersucht werden, um damit Anhaltspunkte zur Abgrenzung der Verantwortlichkeit für rechtsgeschäftliche Tätigkeit im Gründungsstadium herauszuarbeiten.

aa) Die Gesellschafterversammlung

Bei der entstandenen GmbH bildet die Gesellschafterversammlung eines der notwendigen Organe, sie ist dabei zugleich das höchste Gesellschaftsorgan (1). Bei den Geschäftsführern wurde bereits aufgezeigt, daß Organe der GmbH auch zugleich solche der Vor-GmbH sein können. Gleiches könnte von daher ohne weiteres für die Gesellschafterversammlung gelten, zumal eine Organfunktion nicht von der Rechtsfähigkeit abhängig sein muß. Insoweit gilt dann ebenfalls der Grundsatz der Vor-GmbH, daß auf sie all diejenigen Regeln des GmbHG anwendbar seien, die nicht die Rechtsfähigkeit der Vorgesellschaft voraussetzen.

Jedoch ist auch hier die Gesamthandsstruktur der Vorgesellschaft zu beachten. Wie oben bei Erörterung des Gesamthandsprinzips dargelegt wurde (2), bilden die Gesamthänder die Gesamthand dergestalt, daß letztere zwar in gewisser Weise gegenüber den Gesamthändern verselbständigt ist, diese aber doch letzten Endes die Gesamthand über ihre Mitgliedschaft erst ausmachen. Im Gegensatz zur juristischen Person sind die Gesellschafter als

(1) Scholz/K. Schmidt, § 45, Rdnr. 3 m. w. N.; kritisch Teichmann, Gestaltungsfreiheit, 184 ff. unter Bezugnahme auf die seiner Ansicht nach weitgehende Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Kompetenzen der Gesellschafterversammlung.

(2) Bei § 3 II 4. a - bb

Gruppe mit der Gesamthand identisch, die juristische Person aber nicht mit ihren Gesellschaftern (1). Es ist von daher nicht angebracht, bei der Gesellschafterversammlung einer Gesamthandsgesellschaft von einem Organ in dem Sinne wie bei einer juristischen Person zu sprechen. Die Organe der juristischen Person sind reine Verwaltungsorgane. Die Gesellschafterversammlung bei einer Gesamthand kann aber zugleich das Verhältnis der Gesellschafter untereinander regeln (2). Soweit die Gesellschafterversammlung einer juristischen Person derartige Tätigkeit entfaltet, so ist damit die Mitgliedschaft der Gesellschafter untereinander betroffen, dies zählt nicht mehr zur Organfunktion als solcher (3). Die Verwaltungstätigkeit ist also bei der juristischen Person von der satzungsgestaltenden Tätigkeit zu trennen.

Wenn nun im folgenden dennoch von der Gesellschafterversammlung als "Organ" der Vorgesellschaft gesprochen wird, so ist dies untechnisch zu verstehen und dient der besseren Verständlichkeit. Auch die Bezeichnung als "Versammlung" ist nicht ganz zutreffend, gemeint ist die Gesamtheit der an der Vorgesellschaft Beteiligten. Zwar sind Beschlüsse, zu denen auch die Ermächtigung der Geschäftsführer zu rechtsgeschäftlicher Tätigkeit letztlich zu zählen ist, nach § 48 I GmbHG in Versammlungen zu fassen. Indessen ist dieses Gebot, wie schon § 48 II GmbHG zeigt, nicht zwingend, es sind auch konkludent gefasste Beschlüsse ohne Gesellschafterversammlung im Einzelfall zulässig (4). Entscheidend ist aber, daß die Gesellschafterversammlung der Gesamthand eben auch Verwaltungsfunktion wahrnehmen kann (5), insoweit also dem Organ "Gesellschafterversammlung" bei der GmbH gleicht.

(1) Vgl. Scholz/K. Schmidt, § 45, Rdnr. 1; auch Flume, Personengesellschaft, 89 f.

(2) Flume, Personengesellschaft, 97

(3) In diesem Sinne wohl Teichmann, Gestaltungsfreiheit, 186

(4) Scholz/K. Schmidt, § 45, Rdnr. 1 a. E.

(5) Flume, Personengesellschaft, 97, 129 ff.

bb) Kompetenzen

Die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung sind in der GmbH nicht zwingend festgelegt. In § 46 GmbHG sind zwar einzelne Aufgaben angesprochen, aufgrund der Regelung des § 45 I GmbHG ist dieser Katalog aber beliebig abänderbar. Aus dem Gesetz läßt sich also keine detaillierte Zuständigkeitsaussage ableiten.

Abzustellen ist aber auf die Stellung der Gesellschafterversammlung als oberstes Organ. Daraus läßt sich eine umfassende Sachentscheidungs- und Organisationskompetenz der Gesellschafter ableiten (1). Es fragt sich aber, wie weit diese Kompetenzen gehen können. Anknüpfungspunkt dafür kann § 46 GmbHG sein, der bestimmte Entscheidungen ausdrücklich den Gesellschaftern vorbehält. Indessen sind diese Zuweisungen nicht unabdingbar, wie sich aus § 45 II GmbHG ergibt. Andererseits darf die Gesellschafterversammlung ihre Kompetenzen nicht derart auf andere Institutionen übertragen, daß sie funktionslos wird und ihre Stellung als oberstes Organ verliert (2). Ferner ist darauf zu verweisen, daß die Gesellschafter durch eine Entscheidung auf gesellschaftsvertraglicher Ebene, eben in der Satzung, über den Gesellschaftszweck bestimmen können, ebenso über die Person des Geschäftsführers etc. Daraus ergibt sich zusammengekommen auf jeden Fall die Kompetenz, die Grundzüge der Unternehmenspolitik festzulegen (3). Hieraus folgt wiederum, daß die Gesellschafter die Entscheidungskompetenz über solche Maßnahmen haben, die nicht mehr zum eigentlichen Unternehmensgegenstand gehören (4), insoweit ist die Unternehmenspolitik betroffen.

-
- (1) Hommelhoff, ZGR 1978, 121; Overlack, ZHR 141, 125
 - (2) Vgl. RGZ 137, 305, 308 f.; Scholz/K. Schmidt, § 45, Rdnr. 3
 - (3) Hommelhoff, ZGR 1978, 124; Mertens in Hachenburg, § 37, Rdnr. 5; Scholz/U. H. Schneider, § 37, Rdnr. 13
 - (4) Scholz/U. H. Schneider, § 37, Rdnr. 15 ff. mit genauer Auflistung von Maßnahmen, die hierher zu rechnen sind

Mit dieser Festlegung einer Art Mindestkompetenz ist aber noch nichts über eine etwaige Begrenzung ausgesagt. Das GmbHG gibt hierzu keine Anhaltspunkte. Die Stellung der Gesellschafterversammlung als höchstes Organ sowie die durch § 45 I GmbHG eingeräumte Möglichkeit für die Gesellschafter, den Umfang ihrer Kompetenzen selbst festzulegen (1), führt nun zu einer im Grundsatz allumfassenden Zuständigkeit der Gesellschafter (2). Für Angelegenheiten, die die gesellschaftsvertragliche Ebene betreffen, gilt das sowieso.

cc) Im Besonderen: die Weisungsbefugnis gegenüber den Geschäftsführern

Die im Grundsatz als allumfassend anerkannte Zuständigkeit könnte aber dort auf Grenzen stoßen, wo eine Überschneidung mit den Kompetenzen der Geschäftsführer droht. Dies ist insbesondere bei Fragen der laufenden Geschäftsführung der Fall, die primär in den Kompetenzbereich der Geschäftsführer fallen (3). Die Gesellschafter haben es nun aber in der Hand, in der Satzung die Kompetenzen der Geschäftsführer von vornherein zu beschneiden, indem etwa bestimmte Geschäfte unter den Vorbehalt der Zustimmung durch die Gesellschafter gestellt werden (4). Daraus ergibt sich, daß die Gesellschafter als höchstes Organ auch über die Kompetenzen der anderen Organe entscheiden können. Daß eine Beschneidung der Geschäftsführerkompetenzen im Außenverhältnis wegen § 37 II GmbHG möglicherweise unbeachtlich ist, spielt bei der hier zu entscheidenden Frage keine Rolle.

(1) Vgl. Schilling in Hachenburg, § 45, Rdnr. 3

(2) Feine, Die GmbH, 503; Scholz/K. Schmidt, § 45, Rdnr. 3; im Ergebnis auch Schilling in Hachenburg, § 45, Rdnr. 3 ff.

(3) Hommelhoff, ZGR 1978, 127; Scholz/U. H. Schneider, § 37, Rdnr. 14

(4) Schilling in Hachenburg, § 45, Rdnr. 4

Namentlicher Ausdruck dieser Zuständigkeitsverteilung ist die Weisungsbefugnis aus § 37 I GmbHG. Es fragt sich aber, ob diese Befugnis und damit die Kompetenzen der Gesellschafter zur Festlegung der Geschäftsführerkompetenzen allumfassend ist, oder ob es einen Kernbereich eigenverantwortlicher Befugnisse für die Geschäftsführer gibt. Zunächst ist darauf zu verweisen, daß die Geschäftsführer ebenfalls notwendiges Organ sind, ihre Aufgaben können nicht generell von der Gesellschafterversammlung übernommen werden (1). Eine Ausnahme gilt nur für solche Geschäfte, die die gesellschaftsvertragliche Ebene betreffen, hier ist die Gesellschafterversammlung allein allumfassend zuständig (2). Ansonsten verbleibt es bei dem Grundsatz des § 35 I GmbHG, daß den Geschäftsführern die Außenvertretungsmacht zukommt; diese kann von daher nicht auf die Gesellschafterversammlung übergehen. Über das Innenverhältnis ist damit aber noch nichts ausgesagt.

Aus der Stellung der Geschäftsführer als notwendiges Organ könnte man folgern, daß ihnen in jedem Fall ein Mindestmaß an Kompetenzen zukommen muß, auf das die Gesellschafter nicht im Weisungswege Einfluß nehmen können. Andernfalls würde dieses Organ funktionslos. Ausdruck einer derartigen Betrachtungsweise könnte § 46 GmbHG sein, der bei fehlender anderweitiger vertraglicher Regelung die Kompetenzen der Gesellschafter festlegt (3). Die Möglichkeit, die laufende Geschäftsführung an sich zu ziehen, ist danach nicht vorgesehen. Wenn eine allumfassende Weisungsbefugnis der Gesellschafter dergestalt, daß sie die gesamten unternehmerischen Initiativen und Entscheidungen an sich zu ziehen, anzunehmen sei, dann hätte es der Regelung des § 46 GmbHG möglicherweise gar nicht bedurft (4). Dem

(1) Scholz/K. Schmidt, § 45, Rdnr. 4; vgl. auch Immenga, GmbH-Rdsch 1973, 7; Sudhoff, Rechte und Pflichten, 46

(2) Scholz/K. Schmidt, aaO., der insoweit von körperschaftlichen Rechtsgeschäften spricht und Beispiele anführt

(3) So z. B. Hommelhoff, ZGR 1978, 128

(4) Vgl. Hommelhoff, aaO.

ist aber entgegenzuhalten, daß § 46 GmbHG umgekehrt vielmehr bestimmte Entscheidungen den Gesellschaftern zuweist und sie damit aus den Zuständigkeitsbereich der Geschäftsführer nimmt (1). Wie sich aus § 45 GmbHG ergibt, bedürfen diese Angelegenheiten einer satzungsmäßigen Regelung, wenn sie auf ein weiteres Organ übertragen werden sollen (2). Die Weisungsbefugnis ergibt sich aber nicht aus § 46 GmbHG, sondern aus § 37 I GmbHG. Damit wird klargestellt, daß § 46 GmbHG nur eine gesetzliche Vorabverteilung der Kompetenzen darstellt. Zur Begründung weitergehender Zuständigkeiten ist dann ein Gesellschafterbeschuß für die Weisungserteilung notwendig (3). Dies allein entspricht dem Grundsatz, daß die Weisung als ein alles andere beschränkendes Regelungsinstrument im GmbHG anzusehen ist (4).

Der obigen Betrachtungsweise ist aber auch noch entgegenzuhalten, daß sie zu unbestimmt ist. Da das GmbHG keine konkreten Anhaltspunkte für die Kompetenzverteilung unter den Organen enthält, müßten einheitliche Auslegungskriterien dafür gefunden werden, was beispielsweise zur Führung der laufenden Geschäfte zu rechnen ist. Dies erscheint angesichts der unterschiedlichsten Ausgestaltungsmöglichkeiten der Geschäftsführung in einer GmbH nahezu unmöglich. Das Weisungsrecht würde im übrigen weitgehend leerlaufen, wenn gerade die Führung der laufenden Geschäfte einem Kernbereich eigenverantwortlicher Ge-

-
- (1) Das ergibt sich schon daraus, daß § 46 GmbHG auch die Überwachung der Geschäftsführung anspricht, diese soll sich nicht selbst "kontrollieren" können. Denn das würde dem Prinzip von der Trennung zwischen Macht und Kontrolle im Gesellschaftsrecht (vgl. dazu Teichmann, Gestaltungsfreiheit, 177 ff.) zuwiderlaufen. Auch der BGH geht in diese Richtung, wenn er feststellt, daß sich ein Geschäftsführer nicht selbst entlasten oder abberufen kann (vgl. BGHZ 43, 261, 264)! Vgl. auch Scholz/U. H. Schneider, § 37, Rdnr. 30
 - (2) Dieses muß dann aber wiederum durch die Gesellschafter kontrollierbar sein, unabhängig von den Kompetenzen dieses zussätzlichen Organs; vgl. Teichmann, Gestaltungsfreiheit, 183 ff.
 - (3) Vgl. Mertens in Hachenburg, § 37, Rdnr. 9
 - (4) Mertens in Hachenburg, aaO.

schäftsführungsbefugnis zuzuordnen wäre. Denn außergewöhnliche Geschäfte fallen gerade nicht in den Zuständigkeitsbereich der Geschäftsführer (1) und machen auch in der Regel nur einen unwesentlichen Teil der anfallenden Geschäfte aus.

Wenn nun andererseits aufgrund § 45 GmbHG ohne weiteres die Möglichkeit besteht, die Geschäftsführer satzungsmäßig zu reinen Exekutivorganen zu machen (2), so muß entsprechendes für die Weisungsbefugnis gelten. Anders ist, wie bereits angedeutet, die Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer weitgehend überflüssig. Es bleibt demnach festzuhalten, daß es keinen Kernbereich eigenverantwortlicher Geschäftsführung gibt, der über die im Gesetz den Geschäftsführern klar zugewiesenen Kompetenzen hinausgeht (3). Die Gesellschafter können durch Einzelweisungen die Geschäftsführung praktisch völlig an sich ziehen und die Geschäftsführer auf diese Weise ebenfalls zu reinen Exekutivorganen machen (4). Die Trennung zwischen Willensbildung und Vertretung bleibt dadurch trotzdem erhalten, für ersteres sind die Gesellschafter gerade als höchstes Organ zuständig (5). Wenn nun verschiedentlich gesagt wird (6), die Weisungsbefugnis dürfe nicht so weit gehen, daß die Geschäftsführer überhaupt keine Befugnisse mehr haben (7), so ist das dahingehend zu verstehen, daß das notwendige Organ der Ge-

(1) Vgl. oben bei Seite 128, FN 4

(2) Scholz/U. H. Schneider, § 37, Rdnr. 30; im Ergebnis auch Immenga, GmbH-Rdsch 1973, 6 f.; Mertens in Hachenburg, § 37, Rdnr. 8 f.; für satzungsmäßige Bestimmung insoweit auch Hommelhoff, ZGR 1978, 129

(3) Vgl. Mertens in Hachenburg, § 37, Rdnr. 9.

(4) Vgl. Scholz/U. H. Schneider, § 37, Rdnr. 30 m. w. N.

(5) Vgl. Scholz/K. Schmidt, § 45, Rdnr. 4

(6) Immenga, Kapitalgesellschaft, 39; ders. in GmbH-Rdsch 1973, 7; Baumbach-Hueck, § 37 GmbHG, Anm. 2 A

(7) Hommelhoff, ZGR 1978, 127, knüpft hieran an, um daraus seine These vom Kernbereich eigenverantwortlicher Geschäftsführung herzuleiten.

schäftsführung nicht in Frage gestellt werden darf (1). Das ist aber bei einer umfassenden Weisungsbefugnis nicht der Fall. Zum einen verbleibt es bei der vom Gesetz angeordneten Außenvertretungsmacht der Geschäftsführer sowie der sonstigen ihnen vom Gesetz her zugeordneten Kompetenzen (2), zum anderen müssen sie in eigener Verantwortung prüfen und entscheiden, ob sie eine rechtswidrige Weisung ausführen können (3).

dd) Ergebnis

Die Gesellschafter bilden auch bei der Vorgesellschaft das höchste Organ. Dieses Organ ist Willensbildungsorgan im Gegensatz zu den Geschäftsführern als Vertretungsorgan. Die Gesellschafter haben es in der Hand, durch satzungsmäßige Bestimmung weitgehende Kompetenzen an sich zu ziehen, auch Aufgaben der Geschäftsführung. Aufgrund dieser Kompetenz-Kompetenz (4) ist daneben eine allumfassende Weisungsbefugnis der Gesellschafter anzunehmen, wodurch sie ebenfalls Geschäftsführeraufgaben wahrnehmen können. Auf die Vorgesellschaft übertragen bedeutet das, daß die Gründer den Aufgabenkreis der Geschäftsführer im Gründungsstadium festlegen und durch Weisungen erweitern oder beschränken können. Hierdurch wird zugleich deutlich, daß die Gründer im Gründungsstadium tatsächlich die eigentlichen Herren der Gesellschaft sind (5).

-
- (1) Immenga, Kapitalgesellschaft, 93; vgl. auch Mertens in Hachenburg, § 37, Rdnr. 8
 - (2) Mertens in Hachenburg, § 37, Rdnr. 7
 - (3) Mertens, aaO.; Scholz/U. H. Schneider, § 37, Rdnr. 55 ff.
 - (4) Schilling in Hachenburg, § 45, Rdnr. 3; vgl. auch Hommelhoff, ZGR 1978, 127
 - (5) Vgl. Lieb, DB 1970, 965, unter Hinweis auf deren de-facto-Einfluß, Immenga, GmbH-Rdsch 1973, 7

b) Verantwortlichkeit der Geschäftsführer bei Weisungsabhängigkeit

Steht nun die umfassende Weisungsbefugnis der Gesellschafter fest, so ist nunmehr zu untersuchen, welche Auswirkungen das für die Geschäftsführer im einzelnen hat.

aa) Gebundenheit an Weisungen

Aus § 37 I GmbHG ergibt sich eindeutig, daß die Geschäftsführer Beschränkungen, die die Gesellschafter ihnen in irgendeiner Weise auferlegen, unterworfen sind. Es gilt von daher der Grundsatz der Weisungsabhängigkeit (1). Zwar gilt dies nur im Innenverhältnis (2), dies ist aber für die hier zu untersuchende Frage auch allein relevant. Dieser Grundsatz findet, wie bereits ausgeführt, im Gründungsstadium ebenfalls Anwendung.

Aus dem Grundsatz der Weisungsabhängigkeit ergibt sich eine Folgepflicht der Geschäftsführer (3). Es fragt sich aber, ob diese Folgepflicht unbedingt besteht. Oben wurde bereits angedeutet, daß es den Geschäftsführern obliegt zu prüfen, ob eine Weisung der Gesellschafter rechtmäßig und zu befolgen ist. Diese Obliegenheit resultiert daraus, daß sich die Geschäftsführer bei der Befolgung einer rechtswidrigen Weisung unter Umständen nach § 43 II GmbHG schadensersatzpflichtig machen. Die Folgepflicht ist daher stets unter dem Blickwinkel des § 43 I GmbHG zu betrachten, die Geschäftsführer haben bei der Prüfung und Ausführung von Weisungen der Gesellschafter das Wohl der

- (1) Vgl. BGHZ 31, 258, 278; Boesebeck, GmbH-Rdsch 1960, 118 f.; Scholz/U. H. Schneider, § 37, Rdnr. 5
- (2) Entgegen dem insofern etwas mißverständlichen Wortlaut, vgl. Immenga, GmbH-Rdsch 1973, 7, FN 18; Rob. Fischer, § 37 GmbHG, Anm. 1; Schilling in Hachenburg, § 45, Rdnr. 1
- (3) Vgl. die oben in FN 1 Genannten; auch Scholz/U. H. Schneider, § 37, Rdnr. 55

Gesellschaft (1) zu beachten. Damit steht aber zugleich fest, daß die Folgepflicht nicht völlig uneingeschränkt besteht. Einmal ist den Geschäftsführern ein Prüfungsspielraum dahingehend zuzubilligen, ob sie einer rechtswidrigen Weisung folgen müssen oder nicht (2). Zum anderen ist darauf hinzuweisen, daß bei nichtigen Gesellschafterbeschlüssen, aus denen eine Weisung resultiert, keine Folgepflicht besteht (3). Bei rechtmäßigen Weisungen hingegen besteht eine uneingeschränkte Folgepflicht der Geschäftsführer.

bb) Verantwortlichkeit

Die allgemeine Verantwortlichkeit der Geschäftsführer für ihr Tun, damit auch das Verhalten bei Weisungen, ist in § 43 GmbHG geregelt. Für Obliegenheitsverletzungen haben sie im Wege des Schadensersatzes einzustehen, also mit ihrem Vermögen. Besteht nun gemäß obigen Ausführungen keine Folgepflicht und haben die Geschäftsführer mit der Ausführung der entsprechenden Weisung eine Pflichtverletzung begangen, so greift die Haftung aus § 43 II GmbHG ein (4). Dies gilt unabhängig von der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses, es kommt allein auf das Fehlen einer Folgepflicht und eine Pflichtverletzung an.

Es fragt sich aber, ob gleiches für den Fall gelten kann, daß die Geschäftsführer zur Befolgung einer Weisung verpflichtet sind und dadurch bei Ausführung der Weisung eine Pflichtver-

(1) Vgl. Mertens in Hachenburg, § 43, Rdnr. 23; Scholz/U. H. Schneider, § 43, Rdnr. 25 ff.

(2) Scholz/U. H. Schneider, § 37, Rdnr. 56

(3) Scholz/U. H. Schneider, § 37, Rdnr. 57 mit Beispielen zu nichtigen Beschlüssen; ebenso Boesebeck, GmbH-Rdsch 1960, 119

(4) Scholz/U. H. Schneider, § 43, Rdnr. 93; Mertens in Hachenburg, § 43, Rdnr. 76 ff.; Boesebeck, GmbH-Rdsch 1960, 121; vgl. auch Fleck, GmbH-Rdsch 1974, 227; Sudhoff, Rechte und Pflichten, 96; zur Rspr. vgl. BGH GmbH-Rdsch 1974, 131, 132

letzung begehen. Hier entsteht nun möglicherweise das Dilemma, daß die Geschäftsführer bei Nichtbefolgung der Weisung pflichtwidrig handeln, aber auch bei Ausführung der Weisung. Die Geschäftsführer müßten dann jeweils im Einzelfall zwischen ihrer Weisungsgebundenheit und dem Wohl der Gesellschaft abwägen. Daß auf diese Weise eine Entscheidungsfreudigkeit, die im geschäftlichen Verkehr in aller Regel erforderlich ist, nicht gerade gewährleistet ist, liegt auf der Hand. Aus § 43 GmbHG ergibt sich nun, daß ein Tätigwerden zum Wohl der Gesellschaft im Rahmen der den Geschäftsführern zukommenden Obliegenheiten erfolgen muß. Zu den Obliegenheiten zählt aber auch die Folgepflicht bei Weisungen. Das Befolgen verbindlicher Weisungen stellt von daher keine Pflichtverletzung durch die Geschäftsführer dar (1), eine Haftung aus § 43 II GmbHG entsteht insoweit nicht. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Geschäftsführer eine Weisung fehlerhaft ausführen, dann kann durchaus eine Pflichtverletzung vorliegen (2). Ob daneben zur Begründung des gefundenen Ergebnisses auch auf § 43 III 3 GmbHG abgestellt werden kann (3), erscheint zumindest bedenklich. Denn diese Vorschrift bezieht sich vom Wortlaut her nur auf die in § 43 II 1 GmbHG genannten Fälle und stellt selbst einen Sonderstatbestand dar. Deshalb schon kann aus § 43 III 3 GmbHG keine allgemeine Annahme zur Geschäftsführerhaftung im obigen Sinne hergeleitet werden (4). Außerdem spricht diese Vorschrift von einer Aufhebung der Verpflichtung, während nach obiger Ansicht nie eine Verpflichtung entstehen kann.

Das Befolgen verbindlicher Weisungen ist zu trennen von dem Fall, daß die Geschäftsführer auf die Willensbildung der Ge-

(1) Boesebeck, GmbH-Rdsch 1960, 120

(2) Scholz/U. H. Schneider, § 43, Rdnr. 94

(3) So z. B. Immenga, Kapitalgesellschaft, 278; ders. in GmbH-Rdsch 1973, 7 f.; Fleck, GmbH-Rdsch 1974, 226; Mertens in Hachenburg, § 43, Rdnr. 67

(4) Vgl. Boesebeck, GmbH-Rdsch 1960, 121 f.; wohl auch Rob. Fischer, § 43 GmbHG, Anm. 4 a. E.; Sudhoff, Rechte und Pflichten, 96

sellschafter in pflichtwidriger Weise, etwa durch unzureichende Aufklärung über mögliche Risiken, eingewirkt haben (1). In einem solchen Fall liegt eine eigenständige Pflichtverletzung im Sinne des § 43 II GmbHG vor, die eine selbständige Haftung auslösen kann. Das reine Befolgen von rechtmäßigen Weisungen stellt jedenfalls keine Pflichtverletzung dar.

cc) Haftung der Gesellschafter?

Nachdem herausgearbeitet wurde, daß die Geschäftsführer bei Befolgung verbindlicher Weisungen nicht verantwortlich zu machen sind, fragt es sich, ob nicht stattdessen auf die weisungsgebenden Gesellschafter zugegriffen werden kann. Diese Frage ist für den hier zu untersuchenden Aspekt auch insoweit relevant, als daß sich aus einer möglichen Schadensersatzpflicht ohne weiteres eine eigene Verantwortlichkeit der Gesellschafter ableiten lassen kann. Rein vordergründig müßte die Frage zu bejahen sein, haben doch die Gesellschafter mit Ausübung der Weisungsbefugnis zumindest eine Ursache gesetzt.

In rechtlicher Hinsicht ist das keineswegs eindeutig. Der § 43 GmbHG spricht ausdrücklich nur von den Geschäftsführern. Damit soll deren Verantwortlichkeit als treuhänderische Verwalter fremden Vermögens erfaßt werden (2). Eine derartige Verantwortlichkeit kommt den Gesellschaftern nicht zu. Deshalb wurde früher eine Haftung der Gesellschafter auch nur unter den Voraussetzungen des § 826 BGB bejaht (3). Mit der Anerkennung einer Treuepflicht auch zwischen den einzelnen Gesellschaftern einer GmbH (4) war aber zugleich eine Neubestimmung der Verant-

(1) Scholz/U. H. Schneider, § 43, Rdnr. 96; Mertens in Hachenburg, § 43, Rdnr. 73

(2) Rob. Fischer, § 43 GmbHG, Anm. 1 a. E. und 3

(3) BGHZ 31, 258, 278; Pleyer, GmbH-Rdsch 1960, 45; Boesebeck, GmbH-Rdsch 1960, 121; Scholz/U. H. Schneider, § 43, Rdnr. 16 a. E.; wohl auch Mertens in Hachenburg, § 43, Rdnr. 117

(4) Grundlegend Immenga, Kapitalgesellschaft, 270 ff.; Schilling in Hachenburg, § 13, Rdnr. 6 f.

wortlichkeit erforderlich. Die Verletzung der Treuepflicht konnte einen Gesellschafter unter Umständen schadensersatzpflichtig machen, ohne daß dazu § 826 BGB bemüht werden mußte (1). Dabei bleibt aber unklar, ob damit nur ein spezieller Fall - der genannten BGH-Entscheidung lag eine Beeinflußung der Geschäftsführung durch den Mehrheitsgesellschafter zugrunde - erfaßt sein soll oder ob dieser Schadensersatzpflicht auch Allgemeingültigkeit zugesprochen werden kann.

Gegen eine solche weite Auslegung spricht die bereits erwähnte, anders gelagerte Stellung der Gesellschafter. Diese sind gerade nicht als treuhänderische Verwalter fremden Vermögens anzusehen. Dagegen spricht ferner, daß die Haftung der Geschäftsführer an die Ausführung von Weisungen anknüpft, die Haftung der Gesellschafter aber an das Zustandekommen der Weisung; hierin liegt ein deutlicher Unterschied (2). Nun ist aber darauf hinzuweisen, daß die Treuepflicht das gesamte Verhältnis der Gesellschafter untereinander durchzieht. Sie greift keineswegs nur in dem Fall, in dem ein Mehrheitsgesellschafter letztlich zu Lasten eines Minderheitsgesellschafters Weisungen erteilt. Von daher läßt sich also eine Begrenzung der Schadensersatzpflicht auf den genannten speziellen Fall nicht rechtfertigen.

Entscheidend ist aber zu beachten, daß die Gesellschafter durch Weisungen an die Geschäftsführer erst die Ursache für eine bestimmte Maßnahme setzen. Die Geschäftsführer sind in solchen Fällen nur noch Exekutivorgane. Ziehen nun die Gesellschafter durch ihre Weisungskompetenz die Leitungsmacht an sich, so übernehmen sie zugleich die organschaftliche Verantwortung (3). Üben die Gesellschafter aber quasi die Funktion des Geschäfts-

- (1) BGHZ 65, 15, 20 f.; Immenga, Kapitalgesellschaft, 282; Mertens in Hachenburg, § 43, Rdnr. 13; ders. in Festschrift für Rob. Fischer, 463; Scholz/U. H. Schneider, § 43, Rdnr. 18
- (2) Vgl. dazu Mertens, Festschrift für Rob. Fischer, 465 f.
- (3) Vgl. Schilling, Festschrift für Hefermehl, 385 f.

führers aus, so ist nicht einzusehen, warum sie nicht auch an deren Pflichten gebunden sein sollen (1). Damit unterliegen die Gesellschafter insoweit dem Sorgfaltsmaßstab des § 43 I GmbHG. Inhalt dieses Maßstabes ist auch die Treuepflicht zumindest gegenüber der Gesellschaft (2). Für die Gesellschafter kommt die untereinander bestehende Treuepflicht noch hinzu, diese ist auch bei Weisungen an die Geschäftsführer zu berücksichtigen. Bei Verletzungen dieser Pflichten können sich die Gesellschafter also genauso wie die Geschäftsführer schadensersatzpflichtig machen (3).

Problematisch ist die Haftungsfrage aber dann, wenn die Gesellschafter einstimmig gehandelt bzw. angewiesen haben, insoweit ist eine Verletzung fremder Vermögensinteressen gar nicht denkbar. Hier wird man nun angesichts der Tatsache, daß bei der GmbH die Gesellschaft den Geschäftsführern gegenüber durch die Gesellschafter repräsentiert wird, auch für diesen Fall die rechtliche Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern (4) außer Acht zu lassen haben. Denn wenn die Gesellschafter eine nachteilige Weisung gegeben haben, so schaden sie sich letzten Endes selbst (5). Insoweit wird man also bereits einen Nachteil der Gesellschaft verneinen können, so daß es an einem haftungsbegründendem Merkmal fehlt. An der eigentlichen Verantwortlichkeit der Gesellschafter ändert sich damit aber nichts. Übernehmen diese die Funktion der Geschäftsführer und übergehen damit - was aber durchaus legal ist - die vom Gesetz vorgesehene Zuständigkeitsverteilung in der GmbH, so manifestieren die Gesellschafter damit ihre Verantwortlichkeit als wahre

-
- (1) Vgl. Reh binder, ZGR 1976, 392; Immenga, Kapitalgesellschaft, 266; auch Schilling, Festschrift für Hefermehl, 386; Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, 240
 - (2) Mertens in Hachenburg, § 43, Rdnr. 37 m. w. N.; vgl. auch Immenga, GmbH-Rdsch 1973, 9
 - (3) Vgl. Rob. Fischer, § 43 GmbHG, Anm. 9
 - (4) Vgl. Konow, GmbH-Rdsch 1968, 220
 - (5) Boesebeck, GmbH-Rdsch 1960, 121

Herrscher der Gesellschaft. Sie trifft dann auch im angedeuteten Rahmen eine Schadensersatzpflicht.

c) Ermächtigung zur rechtsgeschäftlichen Tätigkeit als Weisung

Bisher wurde das Weisungsrecht der Gesellschafter nur im Allgemeinen untersucht. Nunmehr soll noch kurz aufgezeigt werden, daß auch die oben erörterte "Ermächtigung" der Geschäftsführer zur rechtsgeschäftlichen Tätigkeit im Gründungsstadium einer Weisung gleichzusetzen ist.

Eine völlige Gleichsetzung mit einer Weisung ist indessen nicht angebracht, da die Ermächtigung den Geschäftsführern in der Regel nur die Möglichkeit, nicht unmittelbar die Pflicht zur rechtsgeschäftlichen Tätigkeit einräumt. Andererseits ist anzunehmen, daß die Gesellschafter mit der Ermächtigung den umständlicheren Weg der Einzelweisung bzw. Einzelgenehmigung vermeiden wollen. Der Ermächtigung kommt so eine Ersatzfunktion für Einzelweisungen zu. Darüber hinaus werden die Gesellschafter mit Erteilung der Ermächtigung in der Regel die Erwartung verbinden, daß sie von den Geschäftsführern auch ausgenutzt wird. Machen die Geschäftsführer keinen Gebrauch von der Ermächtigung, so müssen sie sich unter Umständen verhalten lassen, daß sie ein günstiges Geschäft ausgelassen haben, obwohl es ohne weiteres hätte abgeschlossen werden können. Darin ist dann möglicherweise sogar eine Obliegenheitsverletzung im Sinne von § 43 I GmbHG zu erblicken. Somit besteht letztlich im Hinblick auf die Ermächtigung zumindest eine mittelbare Folgepflicht der Geschäftsführer.

Inhaltlich ist das Weisungsrecht unbeschränkt, die Gesellschafter können jede Art von Weisung erteilen (1). Die Weisung be-

(1) Scholz/U. H. Schneider, § 37, Rdnr. 54

ruht auf einem Beschluß der Gesellschafter, ebenso die Ermächtigung zur rechtsgeschäftlichen Tätigkeit. Ausgangspunkt für Weisung und Ermächtigung ist also jedesmal die gleiche rechtliche Handlung (1). An Beschlüsse der Gesellschafter sind die Geschäftsführer ebenfalls gebunden, unabhängig davon, ob sie eine Weisung zum Gegenstand haben. Auch aus diesem Gesichtspunkt besteht also eine mittelbare Folgepflicht hinsichtlich der Ermächtigung.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß eine Gleichsetzung von Weisung und Ermächtigung angebracht ist. Beide Rechtsinstitute weisen Strukturähnlichkeiten in der Entstehung und der Zielrichtung auf. Die Ermächtigung hat nur den Zweck, eine Unzahl von Einzelweisungen zusammenzufassen, dabei aber den Geschäftsführern einen eigenen Entscheidungsspielraum zu belassen. Die Ermächtigung dient damit auch letzten Endes besser der vom Gesetz vorgesehenen Zuständigkeitsverteilung als die Einzelweisung.

d) Zusammenfassung und Ergebnis

Die Gesellschafter bilden zusammen das höchste Organ der GmbH, dieses ist zuständig zur Festlegung der Geschäftsführerkompetenzen. Dies gilt in gleichem Maße für die Vor-GmbH, auch hier sind die Gründer als deren Gesellschafter die wahren Herren der Gesellschaft. Sie haben umfassende Weisungskompetenz gegenüber den Geschäftsführern und können damit die eigentliche Geschäftsleitung übernehmen. Tun sie das, so tragen sie auch insoweit die volle Verantwortung an Stelle der Geschäftsführer.

(1) Zur Rechtsnatur des Beschlusses vgl. statt aller Scholz/K. Schmidt, § 45, Rdnr. 20 ff.; Schilling in Macnenburg, § 45, Rdnr. 11 ff., jeweils m. w. N.

Was für die Weisungen gilt, gilt genauso für die Ermächtigung zur rechtsgeschäftlichen Tätigkeit. Diese ist einer Weisung gleichzusetzen, so daß die ermächtigenden Gründer insoweit auch die Verantwortung zu tragen haben. Denn die eigentlichen Veranlasser einer rechtsgeschäftlichen Tätigkeit sind eben die Gründer und nicht die Geschäftsführer. Diese bleiben insoweit nur Ausführungsorgan des Gründerwillens.

3. Rechtslage bei der Einmanngesellschaft

Wurde nun im Voranstehenden die Stellung der Gründer als Lenker der Vorgesellschaft hervorgehoben, so soll jetzt versucht werden, dies im folgenden mit einer Betrachtung der Situation bei der Einmanngesellschaft noch zu untermauern. Hier ergibt sich die Besonderheit, daß Gründer und Geschäftsführer identisch sein können, so daß diese Person sowohl als Geschäftsführer nach § 11 II GmbHG in Anspruch genommen werden könnte als auch als Gründer im Wege der Gründerhaftung.

a) Vergleichbare Rechtslage

Die Betrachtung erfordert aber, daß bei der Einmanngesellschaft überhaupt eine der Mehrpersonengesellschaft vergleichbare Rechtslage besteht, insbesondere also die Existenz einer Einmann-Vorgesellschaft. Gerade letzteres ist stark umstritten (1). Ausgangspunkt der Diskussion bildet § 1 GmbHG, der die originäre Einmann-Gründung zuläßt. Anknüpfend an Probleme bei der Zuordnung von Rechten im Gründungsstadium wird das Durch-

(1) Bejahend Flume, DB 1980, 1782 f.; ders. in ZHR 146, 206; K. Schmidt, ZHR 145, 550 ff.; Scholz/Winter, § 1 n. F., Rdnr. 40. Ablehnend Hüffer, ZHR 142, 492 ff.; ders. in ZHR 145, 525 ff.; Ulmer, BB 1980, 1002. Hüffer beschränkt seine Ablehnung auf eine mögliche Rechtsträgerschaft.

laufen eines Gründungsstadiums wie bei der Mehrpersonengesellschaft teilweise verneint (1). Die vorhandenen gesetzlichen Regelungen könnten diese Probleme nicht lösen, so daß für die Einmann-Vorgesellschaft weitere Regelungen notwendig wären, wollte man eine solche für zulässig erachten. Diese wohl eher rechtspolitischen Bedenken (2) stehen im Gegensatz zu der Ansicht, daß für Einmann- und Mehrpersonengesellschaft im GmbHG die gleichen Regelungen gelten (3). Daran anknüpfend ist dann von der Existenz einer Einmann-Vorgesellschaft auszugehen. Wie diese rechtlich einzustufen ist (4), ist eine zweite Frage, deren Beantwortung aber zu weit vom Thema wegführt und daher nicht mehr in den Rahmen dieser Arbeit gehört. Der ablehnenden Meinung ist jedenfalls vorzuhalten, daß sie von Zuordnungsproblemen auf die Nichtanwendbarkeit des Gesetzes schließt, anstatt von den gesetzlichen Gegebenheiten ausgehend versucht, die sich stellenden Probleme - und daß diese gewichtig sind, ist nicht von der Hand zu weisen - nicht zuletzt durch Abgehen von bereits vorgegebenen Denkmodellen über neue Wege zu lösen (5). Damit steht im Ergebnis fest, daß eine mit der Mehrpersonen-Vorgesellschaft vergleichbare Rechtslage bei der Einmannengesellschaft besteht.

- (1) Vgl. Hüffer, aaO.; Ulmer, aaO.; auch Rob. Fischer, § 1 GmbHG, Anm. 1
- (2) Hüffer, ZHR 142, 486 ff. und Ulmer, aaO., kritisieren mit ihren Ausführungen die seinerzeit noch nicht in Kraft getretene GmbH-Novelle zur Einmanngründung und raten in der Praxis zur vorsichtigen Handhabung.
- (3) Insbes. §§ 6 I, 7 II u. III, 8 II GmbHG, vgl. auch K. Schmidt, ZHR 145, 551; Geßler, BB 1980, 1389; Scholz/Winter, § 1 n. F., Rdnr. 42
- (4) Teilrechtsfähigkeit aufgrund der Gleichstellung von Mehrpersonen- und Einmanngründung und der gleichermaßen auf beide anwendbaren Gründungsvorschriften nimmt Geßler, BB 1980, 1389 an. Flume, DB 1980, 1783 und ZHR 146, 209, stellt auf die Rechtsfigur des Sondervermögens ab; während K. Schmidt, ZHR 145, 557 f. von einer Einmann-Gesamthand ausgeht.
- (5) Ähnlich kritisch K. Schmidt, ZHR 145, 553 f.; Flume, ZHR 146, 207

b) Haftungsfrage

Wesentliches Problem bei der Einmann-Vorgesellschaft ist die Haftungsfrage (1). Hier kann grundsätzlich nichts anderes gelten wie bei der Mehrpersonen-Vorgesellschaft. Danach haftet der Gründer persönlich und unbegrenzt für Verbindlichkeiten der Einmann-Vor-GmbH (2).

Gleiches gilt vom Gesetz her für die Handlungshaftung. Ist nun aber der Gründer zugleich der Geschäftsführer der Gesellschaft, so konkurrieren die beiden Haftungsarten. Entscheidend ist nun, daß dann auf jeden Fall immer die gleiche Person betroffen ist. Damit wird das Verhältnis von Gründernaftung und Handlungshaftung aber recht fragwürdig. Wird der Gesellschafter als Geschäftsführer in Anspruch genommen, so müßte er nach den oben dargestellten Prinzipien (3) rein theoretisch bei sich selber als Gründer Rückgriff nehmen können. Wird der Gesellschafter als Gründer in Anspruch genommen, so wäre seine Haftung letztlich ein Einstehen für eigenes Handeln. Eine solche Trennung nach der jeweiligen Funktion des Gesellschafters wird in der Praxis aber kaum durchführbar sein. Daher ist darauf abzustellen, daß letzten Endes immer der hinter der Gesellschaft stehende Gründer als Lenker der Vorgesellschaft haftet. Der Zwischenstufe in der Haftung über den Geschäftsführer bedarf es dann nicht, zumal Willensbildungsorgan und Ausführungsorgan identisch sind. Das hat aber zur Folge, daß man die Handlungshaftung für diesen Fall als überflüssig ansehen kann. In jedem Fall wird der eigentliche Ver-

(1) Darauf verweist zutreffend Flume, DB 1980, 1782

(2) Flume, DB 1980, 1783; K. Schmidt, ZHR 145, 561; Ulmer, BB 1980, 1005, im Gegensatz zu seiner Ansicht bzgl. mehrerer Gründer; nur Scholz/Winter, § 1 n. F., Rdnr. 43, verneint die Haftung des Einmann-Gründers

(3) Vgl. oben bei I 2. e

antwortliche getroffen (1).

Wenn nun aber bei der Einmann-Vorgesellschaft nur der eigentliche Verantwortliche, nämlich der Gesellschafter und Gründer, haftet, so muß angesichts der Gleichstellung von Einmann- und Mehrpersonengesellschaft ein Rückschluß auf letztere zulässig sein, wenn sich nur bei der Einmann-Vorgesellschaft klare rechtliche Verhältnisse feststellen lassen. Klarheit bezüglich der Handlungshaftung bei der Mehrpersonengesellschaft kann angesichts der oben festgestellten weitgehenden Funktionslosigkeit nicht angenommen werden. Der Rückschluß von der Einmanngesellschaft bedeutet daher für die Mehrpersonengesellschaft, daß auch dort die Handlungshaftung als überflüssig anzusehen und stattdessen auf die Gründer als die eigentlichen Verantwortlichen (2) zuzugreifen ist. Ob dies rechtlich auch tatsächlich haltbar ist, bedarf aber noch einer Betrachtung beteiligter Interessen sowie relevanter normativer Wertungen und rechtlicher Prinzipien. Als These soll diese Ansicht aber bereits festgehalten werden.

4. Interessenlage und deren rechtliche Bewertung

a) Die beteiligten Interessen

Zunächst soll die eingangs dargelegte Interessenlage (3), soweit sie als aner kennenswert eingestuft wurde, noch einmal auf-

- (1) Ulmer, BB 1980, 1005, befürwortet auch eine Haftung des Einmann als Quasi-Geschäftsführer trotz Fremdorganschaft als eigentlichen Verantwortlichen.
- (2) Daß dies auf die Gründer zutrifft, wurde bei II 1.b und 2.b, c dargelegt (Ermächtigung zu rechtsgeschäftlichem Handeln = Veranlassung; Verantwortlichkeit aufgrund Weisung als Ausdruck der Willensbildung).
- (3) Vgl. oben bei § 2, insbes. unter 5. e

gegriffen und anhand der mittlerweile gewonnenen Ergebnisse zur Betrachtung der normativen Verhältnisse überprüft werden.

aa) Gründerinteressen

Als ein ganz wesentliches Gründerinteresse wurde die Möglichkeit vorzeitigen Geschäftsbetriebes bereits im Gründungsstadium angeführt. Diese Möglichkeit ist grundsätzlich anzuerkennen, setzt aber eine entsprechende Ermächtigung durch die Gründer voraus. Insoweit erweitern sie die Vertretungsmacht der Geschäftsführer. Als Folge einer vorzeitigen Geschäftstätigkeit müssen sie sich über die Verpflichtung der Vor-GmbH aufgrund des Gesamthandsprinzips eine unbeschränkte persönliche Haftung gefallen lassen. Daß eine völlige Haftungsbefreiung nicht in Betracht kommt, wurde bereits oben dargelegt (1). In Richtung dieses Anliegens geht es aber, wenn die Vor-GmbH als Gesamthand primär auf Erfüllung haftet, die Gründer hingegen nur auf das Interesse. Die reine Interessehaftung kommt einer subsidiären Haftung gleich (2), zumal ein Zugriff der Gläubiger auf die Gründer in der Regel nur dann zu erwarten ist, wenn die Vor-GmbH selbst nicht erfüllen kann. Es geht ferner in Richtung des Anliegens der Gründer, wenn die unbeschränkte Außenhaftung auf das Gründungsstadium beschränkt bleibt. Ab Eintragung wird dem Bestreben der Gründer, die Gesellschaft allein haften zu lassen, Rechnung getragen.

Die unter Umständen auch auf rechtsgeschäftliche Tätigkeit im Gründungsstadium zurückzuführende Unterbilanzhaftung ist Ausdruck der allein die Gründer bzw. die Gesellschafter treffenden Kapitalsicherungspflicht. Die Unterbilanzhaftung wurzelt im Gesellschaftsinnenverhältnis und ist damit unabhängig von den Haftungsverhältnissen im Außenverhältnis. Eine Verbindung

(1) Vgl. oben, § 2, 5. b

(2) Vgl. dazu Wiedemann, WM-Sonderbeilage 4/1975, 43

läßt sich aber dann herstellen, wenn die Gründer durch persönliche Haftung die Entstehung einer Unterbilanz verhindern und so der Unterbilanzhaftung aus dem Wege gehen. Diese Möglichkeit ist aber, als Ausdruck der besonderen Umstände im Gründungsstadium, als legitim anzusehen. Damit wird zugleich verdeutlicht, daß ein Haftungsausschluß zu jeder Zeit im Stadium einer GmbH nicht in Betracht kommt.

bb) Gläubigerinteressen

Als Hauptanliegen der Gläubiger wurde die Gewährung eines ausreichenden Haftungsverbandes angeführt. Diesem Anliegen wird voll dadurch Rechnung getragen, daß die Gläubiger von der Vor-GmbH Erfüllung der sie treffenden Verbindlichkeiten verlangen können und daß daneben die Gründer ebenfalls, wenn auch nur auf das Interesse, haften. Die Gläubiger erhalten somit auf jeden Fall das, womit sie rechnen durften.

Im reinen Gläubigerinteresse ist es sicher auch begrüßenswert, wenn daneben noch die Geschäftsführer als weiteres Haftungssubjekt zur Verfügung stehen. Damit besteht für die Gläubiger kaum noch das Risiko, trotz vorhandener Schuldner mangels Haftungsmasse leer auszugehen. Es wurde aber bereits darauf hingewiesen (1), daß dies letztlich auf eine Überbetonung der Gläubigerinteressen hinausläuft. Angesichts der nunmehr hervorgehobenen, weitgehenden Funktionslosigkeit der Handlungshaftung erscheint diese Überbetonung nur noch fragwürdiger. Auch dieser Aspekt geht also in die Richtung, die Handlungshaftung für überflüssig zu halten. Die Abwägung der beteiligten Interessen soll damit aber noch nicht vorweggenommen werden.

(1) Oben bei § 2, 3. b

cc) Geschäftsführerinteressen

Die Geschäftsführer sind im Gründungsstadium daran interessiert, im Interesse der Gründer zu handeln und einer persönlichen Haftung aus dem Weg zu gehen (1). Wie oben dargelegt (2), ergibt sich das Handeln im Interesse der Gründer daraus, daß letztere einzelne oder generelle Weisungen erteilen können, die die Geschäftsführer zu befolgen haben. Außerdem haben es die Gründer in der Hand, ihnen mißliebige Geschäftsführer ohne große Umstände abuberufen, weshalb sich die Geschäftsführer ebenfalls am Gründerinteresse orientieren werden.

Dem Interesse an einer Haftungsbefreiung steht aber zumindest die gesetzlich angeordnete Handlungshaftung entgegen. Allerdings ist dann noch auf die Rückgriffsmöglichkeit gegenüber den Gründern abzustellen, so daß auf diese Weise dem Interesse der Geschäftsführer Genüge getan wäre. Oben wurde aber bereits hervorgehoben (3), daß dieser Rückgriffsanspruch dogmatisch nicht ohne weiteres zu begründen und daher problematisch ist. Von daher sind die Interessen der Geschäftsführer vielleicht doch nicht vollständig gewahrt.

Entscheidend ist aber, daß die Geschäftsführer zumindest für Pflichtverletzungen in jedem Fall einzustehen haben (4). Dies ergibt sich daraus, daß sie fremde Vermögensinteressen treuhänderisch wahrnehmen. Das Haftungsrisiko aufgrund Pflichtverletzung ist aber bereits recht umfangreich, da für Schäden der Gesellschaft einzustehen ist. Mit diesem Risiko müssen die Geschäftsführer also stets auskommen. Von daher kann es ihnen aber

(1) Vgl. oben bei § 2, 3. b

(2) Unter II 2. b aa

(3) Unter I 2. e

(4) § 43 GmbHG ist nach hM unabdingbar, vgl. Rob. Fischer, § 43 GmbHG, Anm. 1; Mertens in Hachenburg, § 43, RdNr. 12; auch Scholz/U. H. Schneider, § 43, RdNr. 184 ff., freilich mit der teilweise vertretenen Begrenzung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit

kaum zumutbar sein, für Rechtsgeschäfte, die sie nicht einmal persönlich angehen und bei denen der Geschäftspartner auch einen ganz anderen Schuldner im Auge hat, auch noch einzustehen. Die vorzeitige Geschäftsaufnahme kann wegen der Ermächtigung durch die Gründer aber in keinem Fall eine Pflichtwidrigkeit der Geschäftsführer sein.

In diesem Zusammenhang wird dann auch die historische Auslegung des § 11 II GmbHG verständlich: die vorzeitige Geschäftsaufnahme wurde generell als illegitim angesehen (1), kam also einer Pflichtverletzung durch die Geschäftsführer gleich. Dafür hatten sie daher persönlich einzustehen und dies wegen des enttäuschten Vertrauens den Gläubigern gegenüber. Diese Auslegung des § 11 II GmbHG ist heute aus dargelegten Gründen (2) nicht mehr haltbar. Nimmt man die Aufwertung der Vorgesellschaft zur Handelsgesellschaft hinzu, so muß das dazu führen, daß auch sonstige Prinzipien, die für Handelsgesellschaften gelten, anwendbar werden. Eine Sonderhaftung der Vertretungsorgane ist dort aber unbekannt, dies gilt für alle Gesamthandsgemeinschaften. Bei diesen Personenverbänden ist nur eine Haftung für Pflichtverletzungen gegeben. Angesichts der Gesamthandsstruktur der Vor-GmbH und der Fragwürdigkeit des Anwendungsbereiches des § 11 II GmbHG ist unklar, warum bei der Vor-GmbH das Vertretungsorgan für Rechtsgeschäfte eintreten soll. Von daher ist das Interesse der Geschäftsführer an einem Haftungsausschluß bei Rechtsgeschäften durchaus berechtigt und anzuerkennen.

dd) Abwägung der beteiligten Interessen

Nach den vorangegangenen Überlegungen können die Gläubiger der Vor-GmbH prinzipiell auf drei Haftungssubjekte zugreifen: Vor-GmbH, Gründer und Geschäftsführer. Daß dies eine völlige Über-

(1) Vgl. bei der "Straffunktion" des § 11 II GmbHG oben I 1. a

(2) Vgl. oben I 1. a und c

betonung ihrer Interessen und von daher nicht zu rechtfertigen ist, liegt auf der Hand (1). Die Interessenabwägung läuft daher auf die Frage hinaus, ob neben der Vor-GmbH als eigentliche Verpflichtete die Gründer oder die Geschäftsführer haften sollen. Dabei ist entscheidend zu berücksichtigen, daß im Falle eines Rückgriffsanspruches der Geschäftsführer die Gründer auf jeden Fall haften. Der an sich bedenkliche Zwischenschritt über die Geschäftsführer wird angesichts der ebenfalls möglichen Gründernaftung überflüssig. Die Gründer haften so oder so, sei es aufgrund des Rückgriffes der Geschäftsführer, sei es unmittelbar. Zugunsten der Geschäftsführer ist ferner zu berücksichtigen, daß ihnen gerade im Gründungsstadium oft nur die Stellung eines Ausführungsorgans zukommt. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Ermächtigung zur rechtsgeschäftlichen Tätigkeit im Gründungsstadium (2). Dann ist aber nicht einzusehen, daß die Geschäftsführer selbst wie ein Verpflichteter haften sollen, zumal sie nach allgemeinem Willen der sonstigen Beteiligten auch gar nicht verpflichtet werden sollen. Es kann wohl auch kaum Sinn des § 11 II GmbHG sein, die Haftung eines reinen Exekutivorgans zu begründen, ohne daß diesen auch zugleich die eigentliche Verantwortung zuzuschreiben ist. Die eigentlichen Verantwortlichen im Gründungsstadium sind, wie bereits mehrfach hervorgehoben, die Gründer.

All diese Gesichtspunkte lassen aber keinen anderen Schluß zu, als daß die Interessen der Geschäftsführer vorrangig zu berücksichtigen sind. Die Gründer, deren Haftung auf jeden Fall besteht, können sich nicht auf eine vorrangige Haftung der Geschäftsführer berufen. Naheliegende Folgerung aus den festgestellten Interessen und der Interessenabwägung ist vielmehr die Annahme, die Haftung der Geschäftsführer aus § 11 II GmbHG als überflüssig anzusehen. Damit wird zugleich ein möglicher Inter-

(1) Vgl. dazu schon oben § 2, 5. c

(2) Vgl. dazu II 2. c

essenkonflikt zwischen Gründern und Geschäftsführern (1) vermieden. Als Haftungssubjekte verbleiben den Gläubigern damit immer noch die Vor-GmbH und die Gründer. Daß bei diesen möglicherweise nichts zu holen ist, vermag einen Zugriff auch auf die Geschäftsführer nicht zu rechtfertigen. Das Risiko der Bonität der Schuldner tragen grundsätzlich die Gläubiger (2). Deshalb vermag das Argument, gegen eine Handlungshaftung spreche die Möglichkeit des Vorschiebens vermögensloser Geschäftsführer durch die Gründer (3), auch nicht zu überzeugen.

b) Rechtliche Wertungen

Die Interessenabwägung hat dazu geführt, daß das Spannungsverhältnis zwischen Gründerhaftung und Geschäftsführerhaftung zugunsten der Geschäftsführer gelöst wurde. Ob das auch mit rechtlichen Wertungen und Prinzipien vereinbar ist, soll nun noch geklärt werden.

aa) Das Veranlassungsprinzip und seine Bedeutung für die vorliegende Frage

Das Veranlassungsprinzip ist eines von mehreren denkbaren Zurechnungsprinzipien für menschliches Verhalten, es soll klären helfen, wem ein bestimmtes Verhalten zuzurechnen ist, um daraus ggfs. rechtliche Folgen herleiten zu können (4). Bei der Zurechnung geht es also um die Klärung von Verantwortlichkeit (5). Ob

(1) Vgl. dazu BGHZ 80, 129, 142; Flume, NJW 1981, 1755, greift diesen Ansatz auf und verneint im Ergebnis einen Interessenkonflikt.

(2) Binz, Haftungsverhältnisse, 207; Lieb, DB 1970, 967

(3) Vgl. dazu Flume, Festschrift für v. Caemmerer, 522

(4) In Betracht kommen daneben z. B. Verschuldensprinzip, Risikoprinzip oder Gefährdungsprinzip; vgl. dazu z. B. Hubmann, Wertung und Abwägung im Recht, 82 ff.

(5) Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, 468

dafür das Veranlassungsprinzip indessen ein taugliches Kriterium ist, erscheint fraglich. Rein begrifflich ist unter Veranlassung das Setzen einer Ursache im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel zu verstehen, also letztlich nichts anderes als die reine Kausalität. Daß diese allein aber als Zurechnungskriterium nicht geeignet ist, ist allgemein anerkannt (1). Dies gilt insbesondere bei der Zurechnung eines Haftungsgrundes, also einer eingetretenen Rechtsgutsverletzung. Von daher wird das Veranlassungsprinzip auch teilweise nicht als reines Kausalitätsmerkmal, sondern wertorientiert verstanden (2). Veranlassung ist demnach daran geknüpft, daß jemand einen Wertkonflikt zurechenbar herbeigeführt hat (3). Mit dieser Auslegung ist aber nicht viel gewonnen, wird doch die Zurechnungsfunktion, die das Veranlassungsprinzip erst einnehmen soll, ihm per definitionem beigelegt. Deshalb wird nach anderer Ansicht darauf abgestellt, daß Veranlassung letztlich auch den Gedanken der Risikoverteilung erfassen soll, so daß es sich bei dem Veranlassungsprinzip eigentlich um das Risikoprinzip dreht (4). Es kommt daher darauf an, ob durch das Verhalten ein erhöhtes Risiko geschaffen wird oder ob jemand bestimmte Gefahren besser beherrschen kann als Dritte (5). Damit wird zugleich das Gefahrenbeherrschungsmoment zum Gegenstand des Risikoprinzips und damit auch des Veranlassungsprinzips.

Bei der hier zu untersuchenden Frage geht es aber gar nicht darum, ein bestimmtes Verhalten einem haftungsbegründendem Umstand zuzuordnen. Der haftungsbegründende Umstand und der Zuordnungsgrund für die Gründer- bzw. Handlungshaftung stehen

- (1) Canaris, Vertrauenshaftung, 474 m. w. N.; vgl. auch Müller-Erbach, Mitgliedschaft, 117, FN 8
- (2) Hubmann, Wertung und Abwägung im Recht, 88
- (3) Hubmann, aaO.
- (4) Canaris, Vertrauenshaftung, 480 m. w. N. in FN 28
- (5) Canaris, aaO., 482; zum letzteren vgl. Müller-Erbach, Mitgliedschaft, 66

fest. Hier geht es darum, über das Veranlassungsprinzip zu einer Lösung des Konflikts zwischen den bestehenden Haftungsarten zu kommen. Dafür kommt es auf eine Entscheidung zwischen den einzelnen Auslegungsmöglichkeiten zum Veranlassungsprinzip nicht an. Ausgangspunkt für diese Überlegung ist die Tatsache, daß die Gründer erst die "Erlaubnis" zur rechtsgeschäftlichen Tätigkeit im Gründungsstadium liefern müssen. Dies ist die eigentliche Ursache für die haftungsrechtlichen Folgen. Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß darin eine Verursachung im Sinne einer reinen Kausalität liegt. Andererseits lösen die Gründer damit auch erst den Interessen- und Wertkonflikt im oben genannten Sinne aus, so daß insoweit zurechenbare Veranlassung gegeben ist.

Letztlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die Gründer das Risiko aus rechtsgeschäftlicher Tätigkeit durch ihre Ermächtigung erst einführen. Dabei ist zusätzlich zu beachten, daß ihnen letztlich auch die Vorteile aus solcher Tätigkeit zugute kommen. Das Risiko geschäftlicher Tätigkeit soll in der Regel von denen getragen werden, die die Vorteile daraus haben (1). Von daher kann hier also auch von erhöhtem Risiko gesprochen werden. Hinzu kommt noch, daß die Gründer eine starke Machtposition innehaben, kraft derer sie die Vor-GmbH lenken und ihre Interessen durchsetzen können (2). Auch unter dem Aspekt des Risikoprinzips ist also zurechenbare Veranlassung gegeben. Das Heranziehen des Veranlassungsprinzips muß aufgrund des Vorstehenden dazu führen, den Konflikt zwischen Gründer- und Handlungshaftung zugunsten letzterer zu lösen und dieser eine Absage zu erteilen.

- (1) Vgl. Ott, Typenzwang, 183 u. 187 f.; Reinhard, Festschrift für Lehmann II, 589. Darüber hinaus ist den Gründern speziell das Risiko des Scheiterns im Gründungsstadium aufzuerlegen, vgl. K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 321
- (2) Zum letzteren vgl. Hubmann, Wertung und Abwägung im Recht, 88, der für diesen Fall eine Zurücksetzung der Belange fordert.

bb) Gleichlauf von Herrschaft und Haftung

Oben (1) wurde dargelegt, daß das Prinzip vom Gleichlauf zwischen Herrschaft und Haftung keine Allgemeingültigkeit als übergeordneter Rechtssatz beanspruchen kann, daß ihm aber anerkennenswerte rechtliche Wertungen zu entnehmen sind und ihm so Korrekturfunktion zukommen kann. Unter diesem Aspekt soll das Prinzip hier zur Lösung des gezeigten Spannungsverhältnisses herangezogen werden. Es wurde eben mit darauf abgestellt, daß die Gründer aufgrund ihrer Machtposition ein erhöhtes Risiko geschaffen haben, für das sie einstehen müssen. Für das genannte Prinzip kommt es entscheidend auf die Machtkonstellation an (2). Aus dem Gesagten läßt sich nun herleiten, daß Macht und damit auch Herrschaft einer Veranlassung im Sinne einer Risikoauslösung entspricht. Daraus läßt sich wiederum schließen, daß auch Veranlassung Herrschaft entsprechen kann. Insoweit bestehen also zwischen dem Veranlassungsprinzip und dem Prinzip vom Gleichlauf zwischen Herrschaft und Haftung Zusammenhänge (3).

Unter Zugrundelegung dieses Prinzips ist es eigentlich naheliegend, zunächst die Geschäftsführer als die dem Geschehen am nächsten Stehenden haften zu lassen (4). Das kann aber spätestens dann nicht mehr gerechtfertigt sein, wenn die Geschäftsführer nur noch als Ausführende des Willens der Gründer auftreten (5). In diesem Fall, wozu die Ermächtigung zu rechtsgeschäftlicher Tätigkeit ja zu zählen ist, muß es dann auf die tatsächlichen Machtstrukturen in der Vor-GmbH ankommen. Denn

(1) Bei § 3 II 2. d

(2) Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, 114 ff.

(3) In diese Richtung tendiert wohl Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, 117 f., der auf den Gefahrbeherrschungsgedanken für eine Gefährdungshaftung als Art Verursachung und damit Zurechnung abstellt.

(4) Vgl. Lieb, DB 1970, 965

(5) Darauf stellt auch Lieb, aaO., ab; er verweist auf die Weisungsabhängigkeit der Geschäftsführer.

es geht nicht an, daß die Geschäftsführer als Verwalter fremden Vermögens einer (Erfolgs-)Haftung unterstellt werden, wenn sie nur über den Einsatz des Vermögens zu entscheiden haben, der Gewinn aus dem Einsatz aber anderen zufließt (1). Umgekehrt bedeutet das, daß der Vermögensträger dann nicht haften kann, wenn ihm die Herrschaft über das Vermögen entzogen ist (2). Dies ist aber, wie bereits mehrfach hervorgehoben, bei der Ermächtigung zur rechtsgeschäftlichen Tätigkeit im Gründungsstadium nicht der Fall. Auch sonst verleihen die Machtstrukturen in der Vor-GmbH den Gründern generell die Herrschaftsmöglichkeit über das von ihnen eingesetzte Vermögen. Wenn demgegenüber darauf abgestellt wird, daß Unternehmer angesichts der Komplexität des heutigen Wirtschaftslebens meist gar nicht mehr in der Lage seien, ihren Risikobereich voll zu überschauen (3), so mag dies auf eine voll entwickelte und tätige GmbH zutreffen. In der Gründungsphase kann die geschäftliche Tätigkeit aber noch gar nicht derart umfassend sein, diese wird ja gerade erst aufgenommen.

Entscheidend ist hier wiederum, daß mit der Verwendung des Prinzips vom Gleichlauf zwischen Herrschaft und Haftung letztere nicht erst begründet werden soll, sondern vielmehr der aufgezeigte Konflikt gelöst werden soll. Dafür kommt es hier gerade auf die Machtstellung der Gründer an. Diese haben die Geschäftsführer überhaupt erst ausgewählt und darüber hinaus mit erweiterten Befugnissen ausgestattet, was aber auch rückgängig zu machen ist. Schon die Auswahl ist Ausdruck der Herrschaft (4). Erst recht gilt dies für die Ermächtigung zu rechtsgeschäftli-

(1) Vgl. Immenga, Kapitalgesellschaft, 120

(2) Immenga, aaO., 119

(3) Limbach, Normaltypen, 99, 101, 118; vgl. auch Wiethölter in Aktuelle Probleme der GmbH & Co., 39; zuvor schon Wieland, Handelsrecht II, 283

(4) Vgl. Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, 121; Canaris, Vertrauenshaftung, 468, rechnet für diesen Fall das Verhalten des Dritten dem Inanspruchgenommenen zu.

cher Tätigkeit. Da hierzu sämtliche Initiativen von den Gründern ausgehen, muß ihnen auch die alleinige Verantwortlichkeit zukommen. Es geht nicht an, diese Verantwortlichkeit auf solche Personen mit zu erstrecken, die gar keinen bestimmten Einfluß auf die wirtschaftlichen Entscheidungen haben. Von daher kann das Prinzip vom Gleichlauf zwischen Herrschaft und Haftung bei der hier aufgeworfenen Frage nur zu dem Ergebnis führen, daß allein die Gründer einstandspflichtig sind, nicht aber (auch noch) die Geschäftsführer. Damit führt aber das Zugrundelegen rechtlicher Prinzipien zum gleichen Ergebnis wie die Interessenabwägung und entspricht darüber hinaus der dargestellten Situation bei der Einmann-Vorgesellschaft.

5. Schlußfolgerung

a) Die gegenwärtige rechtliche Situation

Die gegenwärtige rechtliche Situation bei der Haftung der Geschäftsführer wird gekennzeichnet durch § 11 II GmbHG und, bei fehlender Vertretungsmacht, durch § 179 BGB.

aa) § 11 II GmbHG

Die Unzulänglichkeiten des § 11 II GmbHG wurden oben (1) ausführlich dargestellt. Konsequenz daraus wäre eigentlich, diese Vorschrift zu ignorieren und für nicht anwendbar zu erklären. Dies erscheint angesichts der Existenz des § 11 II GmbHG bedenklich (2). Diese Bedenken können aber dann entfallen, wenn man den Anwendungsbereich dieser Vorschrift so weit einengt,

(1) Bei I 2. a - e

(2) Vgl. auch K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 353

daß diese zu einer absoluten Ausnahmenvorschrift wird. Dies erscheint hier möglich. Die Handlungshaftung ist auf einen engen Personenkreis begrenzt und vom Inhalt her auf das Interesse beschränkt. Mit letzterem kann sie zugleich als subsidiär eingestuft werden. Hinzu kommt die weitgehende Funktionslosigkeit, womit die Zahl der in Betracht kommenden Fälle nochmals reduziert wird. Legt man nun noch den ursprünglich hinter der Handlungshaftung stehenden Gedanken (1) zugrunde, so ergibt sich als Anwendungsbereich nur noch der Fall, daß sonst niemand außer den Geschäftsführern tatsächlich haftet. Dazu zählt nicht der Fall, daß ein vorhandener Schuldner vermögenslos ist. Angesichts der aufgezeigten Haftungsmodalitäten wird der genannte Fall aber so gut wie nie eintreten, da Vor-GmbH und Gründer in der Regel haften.

bb) § 179 BGB

Der eben gezeigte mögliche Anwendungsbereich kommt dem des § 179 BGB nahe. Auch dabei handelt es sich um die Frage des Entstehens für enttäushtes Vertrauen (2). § 179 BGB geht aber davon aus, daß ein Vertreter ohne die erforderliche Vertretungsmacht gehandelt hat. Erfasst werden auch organschaftliche Vertreter (3), also auch die Geschäftsführer einer Vor-GmbH. Indessen muß von der möglichen Funktion der Handlungshaftung her gleiches für diese gelten, daß sie also auch dann eingreift, wenn die Geschäftsführer ohne entsprechende Vertretungsmacht rechtsgeschäftlich tätig werden. Denn die Handlungshaftung knüpft gerade nicht an das Bestehen oder Nichtbestehen von Vertretungsmacht an (4). Angesichts dessen fragt es sich aber, wozu das GmbHG eine eigene Regelung vorsieht, wo es doch bereits allge-

-
- (1) Vgl. oben bei I 1. a u. b; die Handlungshaftung diene dazu, den Gläubigern mangels Vorgesellschaft überhaupt einen Schuldner zu verschaffen.
 - (2) Zu § 179 BGB vgl. Thiele in Münch. Kom., § 179, Rdnr. 2; Soergel-Leptien, § 179, Rdnr. 1
 - (3) Thiele in Münch. Kom., § 179, Rdnr. 9
 - (4) Wiedemann, JurA 1970, 463

meine Vorschriften gibt. Man wird sogar sagen müssen, daß es damit für den Bereich, in dem Gläubiger in der Praxis überhaupt schutzlos dastehen können, bereits eine ihren Interessen genügende Schutzvorschrift, nämlich § 179 BGB, gibt (1). Unter diesen Umständen würde die Handlungshaftung mit dem oben beschriebenen Anwendungsbereich allein bei entsprechender Vertretungsmacht zu rechtsgeschäftlicher Tätigkeit greifen. Dann vermag die Berechtigung des § 11 II GmbHG noch weniger einzu-
leuchten. Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß § 179 BGB einen wesentlichen Teil dessen, was auch die Handlungshaftung abdecken soll, erfaßt und letztere insoweit überflüssig macht.

b) Abschied von der Handlungshaftung

Die Handlungshaftung wurde bereits vereinzelt für entbehrlich gehalten (2), ohne jedoch den Hintergrund näher auszuleuchten. Dies soll nun in Zusammenfassung der ganzen vorherigen Überlegungen geschehen. So wurde zunächst dargelegt, daß die Gründer die eigentliche Ursache für rechtsgeschäftliches Handeln im Gründungsstadium setzen, indem sie die Geschäftsführer dazu ermächtigen. Die Ermächtigung kann einer Weisung gleichgestellt werden. Über Weisungen wiederum können sich die Gründer zu den eigentlichen Lenkern der Vorgesellschaft machen. Denn die Weisungsbefugnis ist ein wesentliches Instrument der Gründer als oberstes Organ der Gesellschaft. Die Geschäftsführer sind in aller Regel an solche Weisungen gebunden. Diese Gebundenheit bewirkt, daß man die Geschäftsführer gerade im Gründungsstadium als abhängiges Organ bezeichnen kann. Ein Vergleich mit der Situation bei der Einmann-Vorgesellschaft verdeutlicht diese Lage noch. Sind dabei Geschäftsführer und Gründer auch

-
- (1) Vgl. Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 69; Scholz/Winter, § 11, Rdnr. 19; Fleck, Anm. zu BGH LM Nr. 20 zu § 11 GmbHG; K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 351
- (2) Lieb, DB 1970, 967; Dilcher, JuS 1966, 95; Scholz, § 11 GmbHG, Rdnr. 2; Fleck, Anm. zu BGH LM Nr. 20 zu § 11 GmbHG; für Streichung in Zukunft K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 353; Ulmer in Hachenburg, § 11, Rdnr. 69

noch identisch, so läßt sich eine Trennung zwischen Geschäftsführerwille und Gründerwille gar nicht mehr durchführen. Vor diesem Hintergrund ist daher festzustellen, daß die Gründer die eigentlichen Verantwortlichen in der Vor-GmbH sind, nicht die Geschäftsführer. Schon von daher ist es völlig unangemessen, die Geschäftsführer für ein Handeln, das sie sowieso nur mit Billigung der Verantwortlichen vornehmen dürfen, persönlich unbeschränkt einstehen zu lassen.

Aufgrund der zu beachtenden Interessen ist nicht einzusehen, warum die Geschäftsführer neben oder sogar anstelle der Gründer haften sollen. Die Gläubiger genießen mit der Zugriffsmöglichkeit auf Vor-GmbH und die Gründer hinreichenden Schutz; die Gründer würden aufgrund der Rückgriffsmöglichkeit der Geschäftsführer letzten Endes immer haften. Unter Berücksichtigung der möglichen Unterbilanzhaftung der Gründer ist es auch sinnvoll, über die persönliche Gründerhaftung die Entstenuung einer Unterbilanz zu verhindern. Denn dann ist es gar nicht denkbar, daß infolge ungünstiger Geschäfte das Kapital der Vor-GmbH wertmäßig vermindert wird. Die Hinzuziehung rechtlicher Wertungen untermauert das Ergebnis der Interessenabwägung noch. Veranlassungsprinzip und das Prinzip vom Gleichlauf zwischen Herrschaft und Haftung führen zu keinem anderen Schluß, als daß die Gründer im Verhältnis zu den Geschäftsführern primär einstandspflichtig sind. Eine Ausnahme gilt wegen § 179 BGB nur dann, wenn die Geschäftsführer ohne die erforderliche Ermächtigung durch die Gründer gehandelt haben.

Letztlich wurden noch die Unzulänglichkeiten in der Auslegung der Handlungshaftung aufgezeigt. Insbesondere ist die Funktion dieser Haftung unklar, die diskutierten Möglichkeiten sind entweder als überholt oder als verfehlt zu betrachten. Es ist aber nicht ersichtlich, welchen Zweck eine funktionslos gewordene Vorschrift noch erfüllen soll.

Angesichts dieser Umstände und nach dem heutigen Verständnis von der Vor-GmbH kann die Handlungshaftung nur als "Unikum" bezeichnet werden. Sie ist ein Fremdkörper im Haftungssystem der Vorgesellschaft. Die Aufwertung der Vorgesellschaft zur Teilnehmerin am Rechtsverkehr kann nicht an der Handlungshaftung vorbeigehen. Diese mag ihren Sinn unter der Geltung des Vorbelastungsverbotes oder sogar der Negierung der Vorgesellschaft gehabt haben. Heute gilt all das nicht mehr. Infolgedessen bleibt nur, wie schon von Lieb - allerdings mit anderen Konsequenzen - propagiert wurde (1), Abschied von der Handlungshaftung zu nehmen.

Damit wird zugleich ein konsequentes und in sich geschlossenes Haftungssystem bei der Vor-GmbH bewirkt, das sowohl der Unterstellung zumindest teilweise unter die Regeln des GmbHG als auch deren Gesamthandsstruktur gerecht wird (2). Die Gründer haften vor Eintragung der Gesellschaft persönlich mit für die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH, nach Eintragung nur noch im Innenverhältnis für eine etwaige Unterbilanz. Die Geschäftsführer haften im Außenverhältnis überhaupt nicht, im Innenverhältnis nur für Sorgfaltspflichtverletzungen. Unberührt bleibt eine Haftung aus § 179 BGB.

De lege lata läßt sich dieses Haftungssystem durch die oben aufgezeigte (3), stark eingeschränkte Auslegung des § 11 II GmbHG erreichen; de lege ferenda ist die ersatzlose Streichung dieser Vorschrift zu fordern. Bedenken gegen eine Streichung können sich letztlich wohl auch nicht aus Art. 7 der ersten Ge-

(1) In DB 1970, 961 ff.

(2) Denn die Haftung der Geschäftsführer nach § 43 II GmbHG wird man auch schon im Gründungsstadium bejahen müssen, da Sorgfaltspflichten auch schon zu diesem Zeitpunkt bestehen und § 43 II GmbHG nicht an die Erlangung der Rechtsfähigkeit gekoppelt ist.

(3) Vgl. oben bei II 5. a - aa

sellschafts-Richtlinie des Rates der EG (1) ergeben (2). Denn diese Vorschrift knüpft an die Nichtübernahme von Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft durch die entstandene Gesellschaft an. Mit der hier zum Ausgangspunkt der Untersuchung genommenen Entscheidung hat der BGH (3) diese Möglichkeit aber wohl grundsätzlich in Zukunft ausgeschlossen, Verbindlichkeiten der Vor-GmbH gehen auf die entstandene Gesellschaft über. Angesichts der grundsätzlichen Bedeutung dieser Aussage ist auch nicht zu erwarten, daß der BGH zum alten "Zustand" zurückkehren wird. Art. 7 der genannten EG-Richtlinie knüpft eigentlich an den Status an, der dem historischen Gesetzgeber bei Schaffung des § 11 II GmbHG vorschwebte. Auf das heutige Verständnis von der GmbH-Vorgesellschaft paßt diese Vorschrift aber ebenfalls nicht.

Damit kann es im Ergebnis bei dem aufgezeigten Haftungssystem in der Vor-GmbH bleiben. Auf die Handlungshaftung kann dabei ohne weiteres verzichtet werden. Zwar kommt damit den Gründern ein höheres Risiko in der Gründungsphase zu, dies muß aber als Spiegelbild für die von ihnen gesetzten Risiken für Dritte hingenommen werden.

-
- (1) Abgedruckt im Amtsblatt der EG 1968 Nr. L 65, 11. Sie lautet: "Ist im Namen einer in Gründung befindlichen Gesellschaft gehandelt worden, ehe diese die Rechtsfähigkeit erlangt hat, und übernimmt die Gesellschaft die sich aus diesen Handlungen ergebenden Verpflichtungen nicht, so haften die Personen, die gehandelt haben, aus diesen Handlungen unbeschränkt als Gesamtschuldner, sofern nichts anderes vereinbart worden ist."
 - (2) Anders Roth, ZGR 1984, 618; Theobald, Vor-GmbH, 40; Roth, aaO. läßt aber m. E. die sich aus BGHZ 80, 129 ergebenden Konsequenzen unberücksichtigt.
 - (3) Vgl. Leitsatz 2

Schluß

Das Verhältnis zwischen Gründerhaftung und Handlungshaftung in der Vor-GmbH wurde zugunsten der Geschäftsführer gelöst, auf deren Haftung wird verzichtet. Diese Lösung wurde nun nicht unmittelbar aus dem Gesetz entnommen, sondern beruht auf der Heranziehung rechtlicher Wertungen und Prinzipien. Es muß daher ausdrücklich darauf hingewiesen werden, daß es eigentlich Aufgabe des Gesetzgebers wäre, zu den hier aufgeworfenen Fragen klare Regelungen zu treffen. Der hier befürwortete Abschied von der Handlungshaftung läßt sich beispielsweise nur durch Rechtssetzungsakt bewirken. Es soll nicht verkannt werden, daß auch die Gesetzgebung vorbereitender Arbeiten aus der Wissenschaft bedarf, wozu diese Untersuchung einen Beitrag darstellen möchte. Da sich aber die Auffassungen zum Recht der Vor-GmbH in Wissenschaft und Rechtsprechung oftmals geändert haben und noch ändern, kann ein alleiniges Abstellen auf deren Arbeit nicht unbedingt der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit dienen.

Wenn diese Untersuchung den Abschied von der Handlungshaftung zum Ergebnis hat, so kann das doch nicht mehr als ein Vorschlag sein. Denn die zugrundegelegten Wertungen und Prinzipien beruhen zwar auf dem geltenden Recht, unterliegen damit aber zugleich dem Eingriff des Gesetzgebers und auch der Rechtsfortbildung (1). Änderungen im Verhalten der Praxis müßen hierzu eine Ursache sein. Es bleibt daher abzuwarten, ob sich das aufgezeigte Haftungssystem ohne Handlungshaftung durchsetzen kann.

(1) Vgl. dazu auch K. Schmidt, Zur Stellung der OHG, 361

L e b e n s l a u f

Am 21. Juni 1955 wurde ich als erster von drei Söhnen des Bankkaufmanns Dr. Harro Petersen und seiner Ehefrau Ingrid, geb. Nielsen, in Frankfurt/Main geboren.

Im April 1962 wurde ich in die Volksschule Kassel-Wilhelms-höhe eingeschult. Nach Umzug im September 1964 nach Mainz besuchte ich zunächst die Schillerschule in Mainz-Weisenau. Im Jahre 1966 wechselte ich nach Abschluß der vierten Volksschulklasse auf das Rabanus-Maurus-Gymnasium in Mainz. Dort legte ich auch im Jahre 1974 die Reifeprüfung ab.

Von 1974 bis 1976 leistete ich Wehrdienst als Soldat auf Zeit. Im September 1976 schied ich mit dem Dienstgrad eines Unteroffiziers aus dem Wehrdienst aus.

Anschließend nahm ich sofort ab dem Wintersemester 1976/77 das Studium der Rechtswissenschaften an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz auf. Am 22. März 1982 bestand ich vor dem Landesprüfungsamt für Juristen in Mainz die erste juristische Staatsprüfung.

Am 1. Mai 1982 begann ich meine Tätigkeit als Rechtsreferendar im Bereich des Oberlandesgerichts Koblenz. Im Rahmen dieser Tätigkeit besuchte ich von Mai bis Juli 1983 die Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer. Die Wahlstation absolvierte ich bei der Deutsch-Südafrikanischen Kammer für Handel und Industrie in Johannesburg. Die zweite juristische Staatsprüfung legte ich am 2. April 1983 vor dem Landesprüfungsamt für Juristen in Mainz ab.

